1

بلبانی علی التلخیص



٧٨٧

بسم الله الرحمن الرحيم لطف

ص باب المفاوضة

س اعلم ان قبل هذا الباب في ترتيب الوجيز والتحرير
باب نقله المصنف رحمه الله الى كتاب الحوالة والكفالة وترجمه
بباب حكم الكفالة في الاستحقاق ص وكيل احد المفاوضين
اشترى بعد الافتراق ومفاوضة الغير المشترى للامر ان لم يكن دفع
البدل لان الشركة وان اقتضت وكالة عامة بكل من التوكيل
كما عمل ما بدا لك لكن الشرا بعد بطلانها في حق الاول والامر
قبل ثبوتها في حق الثاني وبينه وبين المفارق ان كان دفع والوكيل
يجهل الفرقة في الاصح صار العبد بينهما النصف بنا
على انها عزل قصدا كادا الدين لا حكما كالفوت الملكيه كالموت
عكس التزكية والتكفير عنه لانهما المسقط الفرض لا قبض
المثل عكس الايفاء ومثل المدفوع كعينه استحسانا لانه يصون
عن الفسخ اصله المامور بالانفاق والايفا من الوديعة يعطي من
ماله فان هلك المدفوع قبل النقد رجع على الامر او شريكه
الثاني دون الاول كما في غير المدفوع اذ البيع الضمني بين الوكيل
والموكل دون موكله كذا لم يرجع المضارب على رب المال وللمفاوض
كفيل حتى طولب بثمن طعام اشتراه الشريك لاهله او للغير ويرجع الامر
بنصف ما غرم على المفارق او شريكه المامر س رجلان اشتركا
شركة مفاوضة ووكل احدهما رجلا ان يشتري له عبدا ثم ان المفاوضين افترقا وفاوض كل واحد
منهما اخر فاشترى الوكيل بعد افتراقهما للعبد فلا يخلو اما ان يكون الموكل دفع اليه البدل عند
التوكيل واما ان لا يكون فان لم يكن دفع البدل فالعبد المشترى للامر خاصة دون شريكه الاول والثاني
لان الشركة وان كانت تقتضي ثبوت وكالة عامة لكل واحد من الشريكين عن الاخر حتى صار كل واحد منهما كانه
قال للاخر اعمل ما بدا لك من البيع والشرا والتوكيل ونحو ذلك من توابع التجارة الا ان شرا

الوكيل

الوكيل انما وجد بعد بطلان الشركة في حق الامر ومفاوضه الاول وبعد توكيل الامر
على انما يثبت ضمنا للمفاوضة فيبطل ببطلانها واما في حق الشريك الثاني فالشرا وقع قبل
ثبوتها لان التوكيل سبق عقده فلم يوجد شرط الاشتراك في المشترى وهو قيام الشركة
وقت الشرا والتوكيل واما اذا كان الامر قد دفع البدل الى الوكيل فلا يخلو اما ان علم الوكيل
بافتراق الامر ومفاوضه الاول عند الشرا واما ان يجهل ذلك فان علم بافتراقهما وقت
شرائه كان العبد المشترى للامر خاصة لما قلنا وان جهل الافتراق وقت الشرا كان العبد
المشترى بين الامر وبين المفاوض المفارق على رواية الجامع وهو الاصح واما على رواية كتاب
الوكالة فالعبد المشترى للامر خاصة لانه انما يلتزم المفارق بحكم الوكالة الثابتة في ضمن عقد
المفاوضة وقد انتقضت وجه رواية الجامع ان الثمن اذا كان منقودا لا يمكن القول بعزل
الوكيل من غير علمه بافتراقهما لما فيه من تحريره في نقد نصف ثمن العبد لانه ينقده على تقدير
براته لا يلزمه ضمانه كما لا يلزمه ضمان النصف الاخر ولو صار معزولا بافتراقهما للزمه
ضمان النصف بخلاف ما اذا لم يكن الثمن منقودا اليه وبخلاف ما اذا علم لانه يمكنه
الامتناع عن الشرا ودفع الثمن بعزل نفسه وهذا بنا على ان فرقة المتفاوضين عزل قصدي
لانها تتضمن معنى التوكيل قصدا فتضمنت عزل الوكيل قصدا فيشترط لوجوب الضمان
علمه عليه بالعزل كما لو دفع الى رجل الفا ليقضي بها دينه ثم قضى الامر الدين بنفسه قبل
ادا المامور وليس الفرقة عزلا حكميا كالموت ليستوي فيه العلم وعدمه لان بالموت يفوت
شرط تمكن الوكيل من التصرف وهو قيام الامر فان قيل ادا الدين ايضا عزل حكمي لان الدين
لا يبقى بعد قضا الموكل بنفسه فيكون كهلاكه وتفويتا للمحل فوجب ان لا يتوقف على العلم
قلنا ليس كذلك لان دفع الموكل بنفسه ليس بموجب للعزل حكما لكن يتضمن منع الوكيل
عن الدفع لانه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك الا ترى ان الطالب لو وجد المقبوض
زيوفا كان الوكيل على وكالته فتبين ان هذا بمنزلة عزله قصدا فيتوقف على علمه وفي قول
المصنف رحمه الله بنا على انها عزل قصدا اشارة الى ما قيل من انها عند بعضهم عزل حكما
فلا يختلف بالعلم وعدمه قوله وعكس التزكية والتكفير عنه الى اخره اشارة الى انه في الوكالة
والكفالة اذا ادى الامر بنفسه قبل ادا المامور عزل للمامور حكما لا قصدا عكس فرقة المتفاوضين
حتى ان المامور لو زكى المال او كفر بعد فعل الامر بنفسه ضمن سوا علم باد الامر او لم يعلم عند ابي حنيفة

رحمه الله واما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا يضمن سوا علم او لم يعلم على رواية الزيادات
قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله وهو الصحيح عندهما واما على رواية الزكاة فان علم يضمن والا فلا لان
فعل الامر كان عن قصد فصار كالامر بايفا الدين فانه كالتصريح بالعزل فيختلف بالعلم وعدمه
فاذا لم يعلم لم يضمن لانه مامور بالتمليك من الفقير لانه المقصود وقد اتى به دون وقوعه زكاة او كفارة
لتعلقه بنية الموكل وهي امر لا يطلع عليه فلا يضمن وجه قولهما على رواية الزيادات انه مامور
بدفع المال عن نفسه وصدقته وادا الامر بنفسه لا يبقي هذا المعنى فيبقى على وكالته فكان في الادا
ممتثلا فلا يضمن وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه امره بتزكية ماله وبالتكفير وهما للسقوط
لغرض الزكاة والكفارة لا تقتضي مثل المال الواجب اداوه وبعد ادا الامر بنفسه لا يتصور
اسقاط الغرض لانه تحصيل الحاصل فكان ادا الامر بنفسه عزلا للمامور من طريق الحكم
لفوات المحل كالموت فلا يختلف الحكم فيه بالعلم والجهل بخلاف الامر بايفا الدين لان المسقط
فيه قبض رب الدين وقبضه وقد صار مضمونا على القابض لا سقوط الغرض لان الديون تقضى
بامثالها وذلك يتصور بعد ادا الامر بنفسه فلم يكن ادا الامر موجبا عزل المامور
حكما يوضحه انه لا ضرر على الامر في مسئلة الدين لتمكنه من استرداد المقبوض من القابض
دون الاسترداد من الفقير فافترقا هذا كله اذا اشترى الوكيل جاهلا بافتراقهما اما اذا اشترى
عالما به والبدل المدفوع اليه لم يحفظه فيفعل ذلك الكر للبايع فللشريك الاول ان يضمن
الامر او الوكيل او استرداد عين الكر من البايع ثم البايع يرجع على الوكيل والوكيل على الامر
او على شريكه الثاني في قوله ومثل المدفوع بعينه استحسانا الى حقه اشار الى ان شرا
الوكيل العبد بكر مثل الكر المدفوع في الذمة جايز استحسانا وفي القياس يكون الوكيل
مشتريا لنفسه لا للامر لان الشرا بالكر المعين شرا من وجه بيع من وجه والشرا بكر في
الذمة شرا من كل وجه لان الكر في الذمة ثمن من كل وجه فكان الوكيل مخالفا وهو خلاف
الى شر من حيث انه يلحقه ضمان مثله للوكيل اذا هلك في يده قبل التسليم بخلاف العين لانفساخ
العقد بهلاكه والرضا بعقد لا يوجب الضمان لو هلك المعقود ليس برضا بما يوجبه وجه
الاستحسان ان مقصود الامر من الشرا تحصيل العبد وشرا العبد بكر في الذمة اصون
لعقد الشرا عن الفسخ اذ لا ينفسخ العقد بهلاكه في يد الوكيل بخلاف الشرا بكر معين فكان
الوكيل من حيث المقصود مخالفا الى خير ولا يبالي باختلاف نوع الكر عند اتحاد الجنس وحصول

المقصود

3

المقصود واصل هذا ما اذا امر المودع ان ينفق على عياله او يوفي دينه من الوديعة
فاعطى المامور الدين من مال نفسه دون الوديعة في القياس يكون متبرعا لانه اعطى
مال نفسه بغير اذن الامر وفي الاستحسان لا يكون متبرعا حتى يرجع بمال الوديعة لان مقصود
الامر قد حصل فكان اذنا له دلالة من المشايخ رحمهم الله من قال القياس والاستحسان في ايفا
الدين لانه ليس فيه شرا ولا يجب الدين للمامور على الامر اما في التوكيل بالشرا والانفاق له ان
ياخذ مال الموكل ولا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لان في الانفاق شرا فان الشرا لحكم الوكالة
يوجب دينين دين للبايع على الوكيل ودين للوكيل على الموكل ولهذا كان للوكيل ان يرجع
على الموكل قبل الادا من ماله ولو ابرا البايع كان له ان يرجع على الموكل فقد ظفر بجنس دينه
فكان له ان ياخذه بدينه ثم في مسئلتنا اذا اشترى الوكيل بكر في ذمته ولم ينقد الكر المودوع
حتى هلك في يده كان له ان يرجع على الامر ايضا او على شريكه الثاني وليس له ان يرجع على
شريكه الاول كما لو اشترى قبل ان يدفع اليه الامر الكر اما رجوعه على الامر دون شريكه
الاول وان ملك الاول نصف العبد اذا كان البدل وهو الكر منقودا فلان البيع الثاني
الموجب لرجوع الوكيل على الموكل انما يثبت بينه وبين موكله وهو الامر لا بينه وبين موكله
وهو الشريك الاول فلا يكون للوكيل ان يرجع على الاول بل على موكله ثم يرجع موكله وهو
الامر على موكله وهو الاول ولهذا المعنى لا يرجع وكيل المضارب بثمن ما اشتراه
له على رب المال واما رجوع الوكيل عن شريكه الثاني فلانه معاوضه والمفاوض كفيل
بما يجب على شريكه من الثمن وان لم يكن المشترى مشتركا بينهما ولهذا يطالب بثمن الطعام
الذي اشتراه الشريك لاجله او اشتراه لعيالهم يوكالة قوله ويرجع الامر بنصف
ما غرم الى اخره اي ويرجع الامر عند رجوع الوكيل عليه او على شريكه الثاني بنصف
ما غرمه على المفاوض المفارق وهو الاول وعلى شريكه الجديد اما رجوعه على المفارق
فلما مر انه وكيل عنه بحكم المفاوضة الاولى واما رجوعه على شريك المفارق فلما مر بيان
انه كفيل عن المفارق بيان التجارة بحكم العقد القايم بينهما ولم ينص المصنف رحمه الله
على حكم رجوع كل واحد من الشريكين الجديدين اعني شريك الامر الجديد اذا اختار الوكيل
تضمينه الكر دون تضمين الامر وشريك المفاوض المفارق اذا اختار الامر تضمينه نصف الكر
دون تضمين المفارق اذ كل واحد من الجديدين كفيل عن شريكه وحكم الكفيل

معروف لانه ان ادى من خاصة ماله رجع بكله على شريكه وان ادى من مال الشركة رجع بنصفه وكذا لم ينص المصنف رحمه الله على رجوع شريك الامر على المفارقة شريكه لظهوره اذ هو وكيل الامر فيما هو من التجارة و توابعها والله اعلم بالصواب

ص كتاب الوصايا باب الحصومة في الوصية وغيرها

ش اعلم ان قول المصنف رحمه الله ولو قبض وارث ما اودع المورث الى اخره الباب من مسائل الباب الخامس من الابواب المتفرقة المذكورة بعد السير في ترتيب الوجيز والتحرير نقلها المصنف رحمه الله الى هذا الباب للمناسبة ص اقام على الموصى له بالثلث بعد القبض انه موصى له بالثلث يقضى على الكل اقامة لذي اليد مقام المتلقى منه بسبب موضوع له كالشراء ويأخذ منه ما قبض ان ثبت الرجوع ونصفه ان لم يثبت وقاما لسبب وبعد التسوية يأخذ من الوارث ثلث ما قبض في الاولى وخمسه في الاخرى كما لو قامت عليه ابتداء ورجعا على الاول لذلك لانه شريك الوارث في عين التركة زادت ام بارت لكن ملكا لا خلافة حتى يسوى ما باع الميت ناقلا ولا يرد بالعيب عكس الوارث والثاني بعد التسوية على قدر الحق اذ لثبت النفس بحال حبيبته بخلاف ما لو كان احدهما دائنا او موصى له بمال مرسل اذ الحق فيهما في الذمة لا العين عكس الاولى حتى لم يبطل بفوتها وجاز التخليص وشهادة المشهود له للشاهد بالمال ضد الاولى وما لم يكن الحاضر اصلا في الدعوى او خلفا مطلقا لم يكن خصما اصله دعوى نكاح الغائب للرد والدفع ش رجل مات فاقام رجل بينة على وارثه انه اوصى له بالثلث وقضى له به ثم اقام رجل اخر بينة على الموصى له ان الميت اوصى له بالثلث يقضى له بالثلث عليه ويكون قضاء على الميت و وارثه حتى لو رد الاول الوصية كان الكل للثاني لان الاول انتصب خصما للثاني باعتبار ما وضع يده عليه من التركة فكانت دعواه على الاول كدعواه على الميت اقامة لذي اليد وهو الموصى له الاول باعتبار يده مقام من يدعي هو الملك واليد من جهته بسبب موضوع للتمليك وهو الوصية فصار كما لو ادعى عينا في يد رجل انه اشتراها من فلان الغائب وذو اليد يجحد ويدعي الملك لنفسه وهناك يقضى على ذي اليد وعلى الغائب فكذا هنا

ثم اذا

ثم اذا ثبتت الوصية للثاني فلا يخلو اما ان ثبت ايضا رجوع الميت عن الوصية الاولى او لا فان ثبت الرجوع ايضا يأخذ من الاول جميع ما قبض وان لم يثبت الرجوع يأخذ منه نصف ما قبض وفا بالسبب الموجب لحقه اذ هو في الصورة الاولى يوجب كل الثلث حيث بطلت وصية الاول بالرجوع فلم يكن له مزاحم وفي الصورة الاخرى ازدحم الحقان المتساويان في الثلث فكان بينهما نصفين هذا كله اذا كان الثلث قائما في يد الموصى له الاول واما اذا كان تاويا بان هلك في يده او استهلكه وهو معسر فيرجع على الوارث ولا يكلف اعادة البينة عليه لما ذكرنا انه صار مقضيا عليه بالقضاء على الميت فيأخذ منه في الصورة الاولى ثلث ما في يده لانه يزعم ان حق الوارث ضعف حقه وفي الصورة الاخرى يأخذ منه خمس ما في يده لانه يزعم ان حقه في نصف الثلث وحق الوارث في الثلثين فيجعل الاقل وهو نصف الثلث سهما فيصير الكل خمسة اسهم للموصى له الثاني واربعة اسهم للوارث ثم اذا اقتسما وايسر الموصى له الاول رجعا عليه في الصورة الاولى بجميع الثلث واقتسماه اثلاثا وفي الصورة الاخرى بنصف الثلث واقتسماه اخماسا كما ذكرنا وهذا لان الموصى له بسهم شايع في التركة شريك الوارث في عين التركة سواء زادت ام نقصت ولا يتقدم سهمه وصيته على تسليم الميراث للوارث فيملك من عين التركة بقدر سهمه لكنه ملكه بطريق التمليك المبتدا لا بطريق الخلافة عن الميت ولهذا جاز شراؤه ما باع الميت باقل مما باع قبل نقد الثمن ولا يكون له حق رد ما اشتراه الميت بالعيب عكس حكم الوارث فانه يملك عين التركة بطريق الخلافة عن الميت لا بطريق التمليك المبتدا ولهذا يكون له حق الرد بالعيب دون شراء ما باع الميت باقل مما باع قبل نقد الثمن واذا كان الموصى له بالثلث شريك الوارث في عين التركة كما ذكرنا فالثاني منهما بعد التسوية يكون بينهما على قدر حقهما في الصورتين وهذا خلاف ما اذا كان احد المتنازعين غريما له دين على الميت او كان موصى له بمال مرسل كالالف ونحوه وقضى للاول وقبض حقه حيث لا يسمع دعوى الثاني عليه لان حق كل واحد منهما ثابت في الذمة قصدا دون العين عكس الصورة الاولى وهي ما اذا كانا موصى لهما بسهم شايع لان الحق فيها ثابت قصدا في عين التركة

دون ذمة الميت بحق الوارث قوله حتى لم يبطل بفوتها اعلم ان هذه فروع ثلاثة تشهد للفرق بين حق الموصى له بسهم شايع من التركة وبين حق الغريم والموصى له بمال مرسل اما الفرع الاول فلان حق الغريم والموصى له بمال مرسل لا يبطل بفوت عين التركة لعدم تعلقه بعينها اما الغريم فبدليل ان الاجنبي لو تبرع بوفاء دينه بعد هلاك التركة جاز ولو كان الدين متعلقا بعينها لسقط بهلاكها واما الموصى له بمال مرسل فان كان مراد المصنف رحمه الله بالفوت المضاف الى ضمير عين التركة المعنى الاعم من فوت الكل او البعض فهو ظاهر ان حمل الفوت على البعض لان الوصية بالمال المرسل لا يبطل ولا ينقص بنقصان التركة كما لا يزيد بزيادتها وان كان المراد بالفوت فوت كل التركة فقد قال في الهداية والكافي ولو هلكت التركة سعد فيما يستفاد من المال فلم يكن متعلقا بعين ما يتعلق به حق الورثة الفرع الثاني انه يجوز للوارث ان يتخلص عين التركة لنفسه ويوفي الدين والوصية المرسلة من مال اخر له ولو كان الحق فيهما متعلقا بعين التركة لم يجز استخلاصها بدون رضاهما الفرع الثالث انه لا يجوز للغريم المشهود له بالدين ان يشهد للشاهد به بمثل ما شهد له به لان كل واحد يصير مثبتا لنفسه شركة في المشهود به فيتحقق التهمة الموجبة لرد الشهادة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وبعضهم في التحرير بان الجواز ظاهر الرواية اشارة الى ما ذكر في الهداية من ان الخصاف رحمه الله ذكر ان ابا حنيفة رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وذكر في الهداية ايضا عن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله وجه الرد ان الدين بعد الموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة بالموت ولهذا لو استوفى احدهما من التركة شيئا شاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فيتحقق التهمة بخلاف حالة حيوة المديون وصحته لانه في الذمة لبقائها لا في التركة فلا يتحقق الشركة فلا يثبت التهمة وجه القبول ان الدين يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا والاستيفاء من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد فتقبل ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه وانما يشاركه الاخر اذا استوفى من التركة ضرورة نقص التركة حتى لو كان في التركة سعة لا يشاركه الاخر هذا هو الكلام على شهادة الغريم المشهود له بمثل ما شهد له به واما

شهاده

شهادة الموصى له بمال مرسل بشهادة بمثل ما شهد له فظاهر قول المصنف رحمه الله يدل على جوازه والمنصوص في الهداية والكافي انه لا يجوز وعلل في الكافي بان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث تهمة بخلاف ما لو شهد احدهما بالوصية بجارية وشهد الاخر لشاهده بالوصية بعبد له حيث يجوز بالاجماع لانه لا شركة في هذه الشهادة فلا تتحقق التهمة انتهى كلامه قوله ضد الاولى اي وهذه الاحكام المذكورة ضد الاحكام في صورة الموصى له بسهم شايع ولهذا بطلت وصيته بهلاك التركة ولم يجز للوارث ان يستخلص التركة لنفسه ولا يجوز للمشهود له بالوصية بسهم شايع ان يشهد لشاهده بمثل ما شهد له به فلو كان المشهود به حقا في الذمة جاز لعدم التشابك في الذمة فعلم ان الحق في عين التركة وكل فريق يوجب لنفسه شركة في المشهود به اذ السهم يكون مشتركا بينهما وكذا لو شهد المشهود له بسهم شايع لشاهده بوصية عبد بعينه لم يجز لان الشهادة توجب شركة في المشهود به فوله وما لم يكن الحاضر اصلا في الدعوى الى اخره لما بين المصنف رحمه الله بما استشهد به من الفروع ان حق الموصى له بسهم شايع في عين التركة كالوارث وان حق الغريم والموصى له بمال مرسل في ذمة الميت اشار الى العلة التي يخرج عليها جنس هذه المسايل وذلك ان الحاضر عند القاضي اذا لم يكن اصلا في الدعوى بان لم يدع عليه عينا في يده او دينا في ذمته ولم يكن خلفا مطلقا كالوارث وليس بخصم قوله اصله دعوى نكاح الغايب للرد والدفع اشارة الى ما ذكر في اخر الباب الاول من بيوع التحرير اذا اشترى امة ثم ادعى ان لها زوجا غايبا هو زيد فقد كان زوجها قبل البيع واراد الرد بعيب النكاح فقال البايع انما زوجها زيد بعد البيع والزوج الذي كان قبل البيع غير زيد وقد كان طلقها او مات عنها قبل البيع والمشتري يكذبه في ذلك فانه لا يسمع دعوى المشتري في اثبات نكاح الغايب للرد على البايع ولا دعوى البايع في اثبات نكاحه لدفع حق المشتري في الرد بل يبقى الامر على ما كان عليه قبل دعواها لان كل واحد منهما ليس باصل في دعوى نكاح الغايب ولا نايب عنه فلا تسمع دعواه اذا ثبت هذا فنقول اذا كان احد المتنازعين غريما له دين على الميت او موصى له بمال مرسل وقد نوى المقبوض فالغايب ان كان موصى له بسهم شايع فلا يصلح خصما للغريم لان حقه في ذمة الميت لا في عين التركة ولا الموصى

له بمال مرسل لانه بمنزلة الغريم وان كان القابض موصى له بمال مرسل فلا يصلح خصما لما قلنا ولا الموصى له بالمرسل او بسهم شايع لتقدم حقه على حقهما وهذا اذا كان الموصى له مقرا بالدين ظاهر وكذا اذا كان منكرا لان في زعمه ان القابض غاصب والغاصب لا ينتصب خصما عن الميت لانه ليس خلف عنه والموصى له بالعين كالموصى له بسهم شايع وهذا بخلاف ما اذا كان القابض والمدعي موصى لهما بسهم شايع على ما قررنا **ص** كذا الحيل القبض لكن بشرط الخصومة الى القاضي الاول لانه يعرف استحقاقه والغير لا اذ التصديق اقرار على الغير لهما لو اقر به وكيل الغايب فيما يدعى عليه لم يسمع **ش** اي ولا الوقضى الاول بالثلث ولم يقبض حتى ادعى الثاني الوصية بالثلث في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى يأخذ منه جميع الثلث ان اثبت رجوع الميت عن وصيته والنصف ان لم يثبت وبعد التوى يأخذ من الوارث ثلث ما في يده في الصورة الاولى وخمس ما في يده في الصورة الاخرى لكن بشرط ان تكون الخصومة بينهما عند القاضي الذي قضى لوصية الاول لانه يعرف استحقاقه وثبوت يده الحكمية على الثلث بخلاف قاض غيره لانه لا يعرف استحقاقه فلا يمكنه ان يجعله خصما لان الثاني انما يدعي الوصية من جهة الميت والقاضي الثاني لا يعرف كون الثلث في يد المدعى عليه لا من حيث الحقيقة ولو ثبتت بتصديق المدعى عليه ان الميت اوصى له بالثلث وقضي له به وهو في يد الوارث امانة الا انه لا يصير خصما بذلك لان تصديقه اقرار على الغير وهو الميت فلا يقبل ولهذا لو اقر رجل انه وكيل فلان الغايب فيما يدعيه عليه هذا الحاضر من حق والقاضي لا يعرف وكالته لا يسمع اقراره ولا يجعله خصما للمدعي ولا تقبل البينة عليه **ص** وان كان الموصى به عينا فكذلك الا ان الوارث ليس بخصم بعد التسليم اصلا وقبله عند القاضي الاول لانه نوب الميت لا الموصى له حتى لم يكن خصما في الرجوع وبعد التسليم لا بد من القاضي للشيوع وقبله امين عند الاول دون الغير **ش** اي وان كان الموصى به شيئا معينا من التركة كالجارية وقضي بها للاول فكذلك الحكم في انه يقبل بينة الثاني على الاول ويكون القضاء عليه قضاء على الميت وعلى كل من تلقى الملك من جهته ويأخذ منه عين الموصى به ان اثبت الرجوع ونصفه ان لم يثبت لما قلنا من ان الثاني يدعي عين ما في يد الاول او نصفه من جهة الميت فانتصب خصما له باعتبار قيام يده الا ان الوارث لا ينتصب خصما للثاني هنا بعد التسليم

الى

الى الموصى له الاول اصلا سواء كانت الخصومة عند القاضي الاول ام عند غيره واما قبل التسليم الى الموصى له فلا ينتصب خصما ان كانت الخصومة بينهما عند القاضي الاول لان الوارث ان الميت رجع عن الوصية للاول واوصى له لا ينتصب خصما عن الميت فيما يدعي عليه وهو على الموصى له لا له واذا كان كذلك فبعد تسليم العين الموصى بها لا بد للوارث على ما يدعي به لينتصب خصما باعتباره بخلاف ما تقدم في مسئلة الموصى له بسهم شايع لشيوع الموصى به في جميع التركة فكانت يد الوارث نائبة على شيء مما يدعيه الثاني واما قبل تسليم الوارث العين الموصى بها فبل وان كانت نائبة على العين لكن القاضي الاول يعلم انها ملك الموصى له الاول وان الوارث امين فيها والامين ليس بخصم لاحد فلهذا لا يجعل خصما عنده واما عند قاض غيره فينتصب خصما لان الموصى له يدعي عينا في يده والقاضي الثاني لا يعلم انه ملك الغير فيقضي على الوارث الا ان يثبت انه امين ويكون القضاء قضاء على الموصى له الاول فالمودع القابض متصرفا في مال الغايب بل في مال المديون والجواب ما ذكر انه صار متبرعا بالمقبوض بدين القابض بغير امره او باعادته بالمقبوض بغير امره فيكون متصرفا في ماله قال الهاشمي رحمه الله وهذا هو الجواب الصاعن قول من يقول ان القبض محل ولا يتوقف الافعال على الاجازة انما تتوقف العقود انتهى كلامه ولما في مسئلة الوديعة فللمالك ان يضمن القابض لانه وان قبض بامر القاضي الا ان الامر لم يصح لحياة المالك وهو مختار في القبض بخلاف الدافع لانه مجبور في الدفع فلا يضمن كما لو غصب منه واما في مسئلة الغصب فللمالك ان يضمن ايهما شاء للتعدي والتعدي اما تضمين الدافع فلغصبه واما القابض فلانه وان لم يظهر كذب الشهود في الايصاء لكن ظهر كذبهم في الموت فظهر انه قبض بغير اذن فصار كالغاصب وليس للمالك تضمين الشهود لانهم لم يتلفوا عليه ملكه وانما اسودوا حافظه فصار كما لو شهدوا ان فلانا وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان وفلان معترف بالدين وقضى به فقبضه الوكيل ثم حضر المالك وانكر التوكيل بعد هلاك المال ورجع الشاهدان عن شهادتهما وهناك لا يضمنان لانهما لم يتلفا عليه ملكه بل اثبتا نائبا يحفظ المال وحفظه له فكذا هاهنا فيما كله اذا هلك المال واما اذا تحقق موته وجاء وارثه فلا ضمان له على احد اما الشهود فلما قلنا واما القابض والدافع فللامر القاضي بالقبض والدفع عن ولايته حيث تحقق موت المالك وغيبته

الوارث قوله الا ان يجد الشهود عبيدا الى اخره مستثنى من قوله فلا ضمان المقدر
فلا ضمان على احد الا ان يوجد الشهود عبيدا فحينئذ يكون للوارث تضمين القابض دون الدافع
لان القاضي وان امر بالدفع والقبض عن ولاية الا انه بنى الامر فيهما على جهة ان القابض وصي
الميت لانه ما نصبه وصيا بل امضى وصايته وقد ظهر الخطا في تلك الجهة حيث ظهر ان
الشهود عبيد فباعتبار الخطا في الجهة يجب الضمان وباعتبار صحة الامر لا يجب فاعتبرنا الامر
في حق الدافع لانه معذور اذ لا علم له ببطلان الامر واعتبرنا الجهة في حق القابض لانه متعد
اذ الظاهر انه يعلم ببطلان الامر ص كذا لو اقام عليهم انه اخ وارث مع مريد خيار
تضمين الشهود ان جا المالك اذ اثبتوا ملكا لاحد خطا على الاول الا في الدين للمامور وكذا ضمان
الغاصب بتضمينه الشاهد او الاخ وضمان الشاهد بتضمينه القابض بلا عكس لما عرف وكذا
خيار تضمين الدافع ان جا الابن لعذر مضى وتضمين الشهود لو جا اخ ثان اذا ادعى ليس من الزور
والشهادة بل لاسقاط التلوم يقضي بدونه بعده ش اي وكذا لو اقام المدعي
البينة على المديون والمودع والغاصب ان المالك مات وانه اخوه ووارثه لا يعلمون له
وارثا غيره من حيث انه يقبل بينته ويقضى له بالمال سوا اقر المدعى عليه ام انكر لان
الاخ يقوم مقام الميت في هذه الحالة ومن حيث انه لو جا المالك بعد القبض والتلف
فله ان يضمن الدافع في مسئلة الدين والقابض في مسئلة الوديعة وايهما شا في مسئلة الغصب
لكن للمالك هنا خيار تضمين الشهود ايضا لانهم اثبتوا انتقال ملك المالك الى القابض ولم
يثبتوا حفظا عكس الوجه الاول لانهم اثبتوا هناك حفظ المال حيث شهدوا بان المالك اوصى
الى المدعي ولم يثبتوا انتقال ملكه الى غيره فافترقا الا انه ليس للمالك تضمين الشهود في
مسئلة الدين للمامور منه انهم لم ينقلوا ملكه لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وانما كان
لهم تضمين الاخ هنا لبطلان الشهادة بسبب لا تهمة فيه وهو ظهور كظهور الشهود
عبيدا بخلاف الرجوع عن الشهادة لان الرجوع موجب تهمة الشاهد في حق الاخ
قوله وكذا ضمان الغاصب الى اخره اي واذا اختار المالك تضمين الغاصب كان
الغاصب بالخيار ان شا ضمن الشاهد لانه ملك المضمون باداء الضمان كان الشاهد
في حقه بمنزلة الغاصب حيث ازال المغصوب عن يده بشهادة الزور وان شا
ضمن الاخ لانه بمنزلة غاصب الغاصب حيث تاخر قبضه الباطل عن الشهادة واذا

ضمن

ضمن الشاهد كان للشاهد ان يضمن القابض لما ذكرنا انه بمنزلة الغاصب منه ولا يرجع
القابض على احد لما عرف من ان قرار الضمان عليه قوله وكذا خيار التضمين الى اخره
اشارة الى ما اذا لم يجئ المالك لكن جا ابن او اخ اخر الحكم في الصورتين ما ذكرنا الا فيما
نبه عليه المصنف رحمه الله وهو انه لا ضمان على الدافع في الصورتين ولا على الشهود
في الصورة الثانية اما لا ضمان على الدافع في الصورتين فلان دفع المال الى الاخ بامر
القاضي وقد صح امره لان له ولاية نصب من يقبض هذه الاموال في غيبة الوارث
بخلاف ما اذا جا المالك لانه كان من عذر المالك ان يقول للدافع انما دفعت بناء على امر
القاضي ولم يصح امره وهذا العذر قد مضى بموت المالك فافترقا واما لا ضمان على الشهود
في الصورة الثانية فلان النفي وهو قولهم لا نعلم له وارثا غيره ليس من الزور واذا لم يظهر
انهم كانوا عالمين فلم يظهر كذبهم وكذا ليس هو من شهادتهم انما هو لاسقاط التلوم
عن القاضي ولهذا لو لم يتلفظوا بهذه الزيادة يقضي القاضي بشهادتهم بعد التلوم ولم
يذكر في الكتاب مدة التلوم وهو مفوض الى راي القاضي فيتلوم مدة يغلب على ظنه انه
لو كان له وارث اخر ظهر فيها لاختلاف احوال الناس في الخمول والظهور ولاختلاف
احوال الورثة في الغيبة والحضور وذكر الطحاوي رحمه الله ان المدة مقدرة بالحول
لانه حسن لابلاء العذر كما في اجل العنين قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله الاول
قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما بناء على انه لا يرى التقدير وهما يريانه ص
وان اقام انه اوصى له بالذي عليهم لم تقبل الدعوى تمليك غائب متفق ضد الوارث
بخلاف الا ان يجحدوا المال فاصلهم في الدعوى فيقضى ببينته لان الكل الا ان يقيم الوار ث
تنصب الصحة فيقضى بكله على الكل كالمامور بقبضه على الامر بالقضا وان ادعى دينا لم
يسمع لامر انه على الغائب قصدا الا ان يقيم على الموت لا عن وارث فيسمع على القيم
بعد التلوم ضرورة نقل التدبير الى القاضي ش اي ولو ان المدعي اقام البينة على
الذي قبله المال ان المالك مات واوصى له بالمال الذي قبله لا يقبل بينته عليه لدعواه
التمليك من غائب متفق على غيبته وليس عنه خصم حاضر وهذا بخلاف ما لو ادعى
انه وارث المالك حيث يقبل بينته عليهم لان كلا منهم ينتصب خصما للمالك فلذا ينتصب
خصما لوارثه لانه خليفته ونائبه فيما ورثه منه قوله الا ان يجحدوا المال الى اخره

استثنا من قوله لم يقبل فالتقدير لم يقبل بينة مدعي الوصية على الوارث فيما يعلم المال
الا ان يجحد واكون المال للغايب بان يقال لم يكن لفلان ميتي مال او يقال كان لكنه
ملكه مني لحينيذ ينتصب كل منهم خصما لمدعي الوصية باعتبار انه ينكر دعوى المدعي
ويزعم ان الملك لنفسه فكان كل منهم اصلا في سماع الدعوي عليه فيقضي للمدعي بثلث ما في يده
لان الثلث هو محل الوصية الا ان يقيم الموصى له بينة ان وارث المالك قبض من مال
اخر للميت ضعف ما في يد المدعى عليه لحينيذ يقضي للموصى له بكل ما في يد المدعى عليه
ويكون فضل على الميت وعلى كل من يتلقى الملك من جهته حتى لو حضر الوارث بعد ذلك
وانكر القبض لا يلتفت اليه لكونه صار مقضيا عليه وهذا كما لو امر رجلا بقضاء دينه
واقام المامور على الامر بينة انه قد قضاه من حيث انه يقضي ببينته عليه ويثبت له
حق الرجوع عليه ويكون ذلك قضا على رب الدين حتى لو حضر وانكر القبض لا يلتفت
اليه لان الامر كان خصما عنه هذا كله اذا ادعى الوصية بالثلث واما اذا ادعى ان له على
الميت دينا فلا يسمع دعواه على الذي قبله المال سواء كان مقرا ام جاحدا لانه من ان حق
الغريم في ذمة الميت قصدا لا في عين التركة فكانت الدعوي على الغايب قصدا ولا يسمع
الا ان يقيم البينة على موت المالك لا عن وارث لحينيذ سلوم القاضي لاحتمال ظهور
الوارث فان لم يظهر ينصب القاضي عن الميت فيما يخاصم عنه ويامر المدعي باقامة
البينة عليه فاذا اقام البينة بالدين يقضي للمدعي بالدين واما كان ذلك كذلك فيه
نقل البينة المذكور اليه حيث شهدوا بموت المالك ص كذا لو اقام انه اوصى
له بجميع المال الا ان يقيم على الموت لا عن وارث لانه كالوارث ياخذ من محل الارث
كالمقر له بنسب لم يثبت حتى كان خصما في الوديعة والرد بالعيب ش
اي وكذا لا يقبل بينة المدعي على الذي قبله المال اذا ادعى ان الميت اوصى له بجميع المال
لما تقدم من انها دعوى تمليك غايب متفق على غيبته الا ان يقيم البينة على موت
المالك لا عن وارث لان الموصى له بجميع المال عند عدم الوارث بمنزلة الوارث لا بمنزلة
الموهوب له ولهذا لا يقتصر حقه في الثلث بل ياخذ من محل الارث وهو الكل فيها ياخذ
المقر له عند الموت بنسب لم يثبت كالاخ ونحوه الا ترى ان مودع الميت ينتصب
خصما له في دعوى الوديعة كما ينتصب خصما للمالك وكذا يرد التركة بالعيب ويرد عليه

لثبوت

لثبوت خلافته عن الميت كالوارث قال الكرخي رحمه الله وما ياخذه زيادة على الثلث
فارث ثم ان جا المالك ففي الغصب ان ضمن الغاصب لا يرجع او ضمن الشهود يرجعون
على الغاصب وان ضمن الغاصب رجع على الغاصب او على الشهود وهم يرجعون على الغاصب
بلا عكس واما في الوديعة فلا ضمان على الدافع بل على الشهود او على الغاصب والشاهد يرجع
دون الغاصب واما في الدين ويرجع على الدافع خاصة ويرجع الدافع على الشاهد او
على الغاصب والشاهد يرجع دون الغاصب ولو تحقق موت المالك وجاء وارثه فلا
ضمان على الدافع ولا على الشاهد بل على الغاصب في الثلثين والوجه ما ذكرناه قبل هذا
ص ولو لم يقم بل صدقوه سلوم ويقضي بالوصية لانه على المقر دون العامة
اذ لا تهمة لقصد الاقرار حتى لم يمنع الحكم والعموم والشهادة وان جا المالك او الوارث
غرم كما مر ومحمد رحمه الله مكن المالك من تغريم المودع زاعما اقراره تفريطا كالو حل المتلف
خلاف الابن يقر بثالث بعد ثان اذ لم يقصد بدا ولا حفظا كما لو كان المقر به ملقاه
الريح او المقر وارث الغاصب والوصي ورده ابو يوسف رحمه الله للدفع جبرا او المسالة
فيما لو دال يمنع ولا يقضي بالدين لما مر الا ان يشهدوا بد في وجه القيم لسعده من
الذمة الى العين ضد الارث والوصية والا ظهر وقال الامام رضي الله عنه بهما في الكفيل
لقصور الحجة ولا يقضي بالايصا ايضا اذ لا في الاقرار حق من لا خصم عنه ضد الماضي
ولا يومر المديون بالدفع جحدا او براءة ان جا الوارث ضمن ولا يه القاضي ضد الوكالة
بل بعث الوكالة نصب غاريم كالغاصب وقيل يومر وللمالك تغريم الوصي ليقين الكذب
ضد الوكيل ش اي ولو لم يقم المدعي بينة على ما ادعاه لكن الذين قبلهم المال
صدقوه فيما ادعاه من الوصية وعدم الوارث فان القاضي سلوم لقصور الحجة
نظرا للغايب وصيانة لقضائه عن النقض اذ يجوز ان يظهر وارث فان تلوم
ولم يظهر وارث ولا مستحق قضى بالوصية للمدعي لان الموصى له حال عدم الوارث
كالوارث فانتصب المقر خصما الدفوع لا ندائي لان القضا على المقر دون العامة
الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا لم يكن وارث كان المال لعامة
المسلمين فوجب ان لا يصح تصديق المدعى عليه في حق القضا للمدعي لانه اقرار عليهم
فكان كالتصديق حال وجود الوارث وتقرير الجواب ان يقال حق العامة غير معتبر

لعموم الشوكة وخروجه عن حد الغلبة والتقوم اذ لا قيمة لقسط كل فرد منهم ولهذا لم
يمنع مثل هذا الحق حكم القاضي ولا ضمان المتلف ولا شهادة الشاهد حتى لو شهد شاهدان
فقيران على رجل بسرقة من بيت المال قبلت شهادتهما وجاز القضا بها وغرم المشهود
عليه ولو كان حق العامة معتبرا لحق الوارث لكان الامر بخلاف ما ذكرنا ثم اذا قضى للموصى له
بالمال وجا المالك او الوارث كان حكم الغرم كما مر وهو انه في الغصب يضمن ايهما شا
فان ضمن القابض لم يرجع على احد وان ضمن الدافع رجع على القابض واما في الدين فليس
للمالك تضمين القابض لما قلنا من انه لم يقبض عين الدين بل مثله ولكنه يضمن الدافع
ثم الدافع يرجع على القابض واما في الوديعة فله تضمين القابض واما الدافع فعند
ابي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه ومحمد رحمه الله مكن المالك من تضمينه ايضا لان
المودع التزم الحفظ بحفظ الوديعة وباقراره صار مفرطا لان القابض انما قبض القاضي
للمدعي بنا على اقراره والاقرار سبب الضمان فصار كما لو دل متلفا على الوديعة فاتلفها
وهناك يضمن فكذا هنا بخلاف ما اذا اقر لاخر بابن ثان ودفع اليه النصف بقضا
القاضي ثم اقر بابن ثالث حيث يدفع اليه نصف ما في يده وهو الربع ولا يضمن له شيا
اخر فصار كما لو القت الريح ثوبا في حجر رجل فاقر به لانسان ودفع اليه بقضا القاضي
ثم اقر به لغيره او كان المقر في مسلتنا وارث الغاصب او كان وارث الوصي بان كان المالك
اوصى الى رجل ودفع المال اليه ثم مات وله وارث غايب فلم يدفع الوصي المال اليه
حتى مات الوصي عن وارث فصار المال في يده ثم جا رجل وادعى ان صاحب المال وهو
وارث الموصي وصي له ومات ولم يدع وارثا وصدقه وارث الوصي وامر القاضي بالدفع
ثم جا المستحق حيا وفي هذه الصور الثلاث لا ضمان على الدافع بالاتفاق لانه لم يقصد
اثبات اليد على المال ولا التزم الحفظ فكذا في مسلة المقر بابن ثان ثم بابن ثالث كما ذكر
المصنف رحمه الله وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الموداع لو ضمن انما يضمن
باقراره او بدفعه لا وجه الى الثاني لانه مجبور عليه من القاضي ولا وجه
الى التضمين بالاقرار قبل الدفع لان المال قبل الدفع سالم للمالك اذ لا يزول ملكه
باقرار الموداع ولهذا لو هلكت الوديعة بعد الاقرار قبل الدفع لا يضمن فصار كما
لو دل سارقا على سرقة الوديعة ثم منع السارق من الاخذ فاخذها منه

السارق

القاضي

9

السارق كرها فهناك لا يضمن فكذا هنا ولم يذكر قول ابي حنيفة رحمه الله وزعم
اهل العراق انه مع محمد رحمه الله هذا كله اذا كانت الدعوى بالوصية اما اذا كانت الدعوى
بدين فلا يقضى بالدين لما مر من ان القضا بالدين قضا على الغايب قصدا اذ حق الغريم
في ذمته لا في عين التركة وليس عن الغايب خصم حاضر لكن القاضي يقوم لما عرف
فاذا لم يظهر وارث ولا وصي وظهر ان المال تركة مهملة فتكون للعامة المسلمين
فينصب قيما يقبضها ويدفعها الى مستحقها ثم يامر المدعي باقامة البينة على حقه
فاذا شهدوا في وجه الخصم وهو القيم الذي نصبه القاضي فحينئذ يتعدى حق
الغريم من ذمة الميت الى عين المال وهذا بخلاف ما اذا ادعى انه وارث الميت
او موصى له بالذي عنده ولم يدع وارثا وصدقه المدعى عليه في ذلك حيث لا ينصب
القاضي قيما ولا يامر باقامة البينة بل يامر المدعى عليه بدفع المال اليه والفرق ان
الوارث والموصى له يستحقان عين التركة وكان المدعى عليه مقرا على نفسه بما في يده
فيؤمر بدفعه وفي الدين لم يقر بعين ما في يده لان حق الغريم في الذمة فلم
يكن مقرا على نفسه بل على الميت وهو ليس بخصم عنه فلا يثبت ما اقر به الا بالبينة
على القيم الذي ينصبه القاضي ثم اذا قضى بالدين على الغايب وقبضه الغريم ثم
جا المالك تبين بطلان القضا به لبطلان نصب الوصي في مال الحي ففي الغصب
يضمن ايهما شا وكذا في الوديعة عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله
واما في الدين فيضمن القابض ثم القابض لا يرجع على احد بخلاف عين هذا
اذا جا المالك واما اذا تحقق موته وجا وارثه فحد الدين لا يلتفت اليه
لان نصب القيم قد صح لصدوره عن ولاية معتبرة بخلاف ما تقدم فيما اذا اقام
المدعي بينة انه وصي وقضى له وقبض المال ثم جا الوارث وظهر ان الشهود
عبيد حيث كان للوارث تضمين القابض لما ذكرنا هناك من الخطا في جهة القضا
دون الامر لان القاضي ما نصب الوصي بل قضى وصايته بنا على شهادة ظنها
حجة فاعتبرت الجهة في حق القابض لتعديه كما قررناه اما في مسلتنا القاضي
نصب الوصي وقد تبين صحة نصبه لصدوره عن ولاية صحيحة فافترقا قوله
والاظهر وفاق الامام رضي الله عنه لهما في الكفيل لقصور الحجة اشارة الى ان المدعي

عليه اذا صدق المدعي وامره القاضي بالدفع اليه باخذ من القابض كفيلا مما يقبضه
نظرا للغايب لجواز ان يكون للميت ابن اخر او وارث غيره فيا تي بعد هلاك المال
في يده وهو مفلس وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والاظهر انه قول ابي حنيفة
رحمه الله ايضا خلافا لما ذكره بعض المشايخ رحمهم الله محتجا بما اذا كان الدفع بالبينة فانه
لا ياخذ منه الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والاصح ما قاله عامة المشايخ رحمهم الله
ان الكفيل بالاتفاق لوجهين احدهما ان محمدا رحمه الله لم يحك خلافا الا في انه علل في الاصل
وقال لانه انما قبضه على اقرار من الذي في المال في يده ولم يستحقه بسببه وهذا التعليل
انما يتاتى على قول ابي حنيفة رحمه الله اذ على قولهما البينة والاقرار سواء والفرق
ان البينة حجة مطلقة والاقرار حجة قاصرة فلا يلزم من تاخير الدفع الى التكفيل عند
وجوبه بالحجة القاصرة تاخيره بالحجة عند وجوبه بالحجة المطلقة وفي كل موضع
له الرجوع على القابض كان له ان يرجع على الكفيل ثم الكفيل يرجع على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة بامره وهذا كله في دعوى الدين واما في دعوى الايصا
فلا يقضي القاضي به اصلا لان اقرار المدعى عليه بلا في حق المالك ان كان حيا وحق
وارثه ان كان ميتا ولا خصم عن واحد منهما والاقرار اذا لاقى حق من ليس عليه
خصم حاضر لا يعتبر بخلاف الماضي فيقبل هذا فيما اذا قام بينة على انه وصي الميت
حيث يسمع بينته ويقضى بها وان صدقه الذي قبله المال لما قلنا من ان التصديق
لا يمنع قبول البينة على الوصاية كما لا يمنع قبول البينة على الوكالة قوله ولا يومر
المديون بالدفع الى اخره اي ولو كان المدعى عليه مديونا وصدق المدعي في انه وصي
الميت لا يومر بدفع الدين اليه وان كان الثه الديون تقضي بامثالها كما لا يومر
بدفع المغصوبة والوديعة وهو قول محمد رحمه الله اخرا وقول ابي يوسف رحمه الله
لان تصديقه وان كان اقرارا على نفسه لما انه يقضي الدين من خالص ماله كما في تصديقه
الوكيل بقبض الدين حالة الحيوة الا انه اقرار على الغايب ببراءة نفسه عن الدين على
تقدير مجي الوارث لانه اذا دفع بامر القاضي وتحقق موته ظهر ان امر القاضي كان صحيحا
لصدوره عن ولايته فاذا حضر وارث وانكر الوصاية لا يكون له اتباع الغريم بالدين
فيؤدي الى ان المديون يبرا عن الدين بمجرد قوله من غير حجة ظاهرة بخلاف

الوكالة فان المديون اذا صدق الوكيل بقبض الدين لا يبرا بدفع الدين اليه وان كان
بامر القاضي لعدم ولاية القاضي في مال الحي ولهذا لو حضر رب الدين وانكر الوكالة كان له
ان يتبع المديون بدينه قوله بل يثبت المال بسبب عادم كالقابض اي واذا لم يامر
القاضي المديون بدفع الدين الى مدعي الوصاية فانه ياخذ من المديون كفيلا بنفسه
نظرا لجماعة المسلمين وبيت المال لاحتمال ظهور مستحق فان لم يظهر مستحق وضعه في بيت
المال لانه مال حيث لا مستحق له والخصم في مال المسلمين هو القاضي فلو قسم المال
بين المسلمين ثم جا المالك كان الغرم على بيت المال لانه كالقابض ولو كان قابضا حقيقة
وكان المال غصبا كان مخيرا بين تضمين الغاصب وبينه فان ضمن الغاصب رجع في بيت
المال وان ضمن بيت المال لا يرجع على احد لان قرار الضمان عليه كالغاصب وان
كان المال وديعة فله تضمين بيت المال وهل له ان يضمن المودع على الخلاف الذي ذكرناه
بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وان كان المال دينا يضمن المديون ثم يرجع المديون في
بيت المال هذا اذا جا المالك واما اذا تحقق موته وجا وارثه فليس له ان يضمن الدافع
بل يرجع في بيت المال سواء كان الامر بالدفع قد صح وبري الدافع قوله وقيل يومر الى اخره
اشارة الى قول محمد رحمه الله الاول فانه كان يقول اولا ان المديون اذا صدق المدعي
يامره القاضي اليه كما لو صدق الوكيل بقبض الدين في حيوة المالك بخلاف ما لو ادعى انه اوصى
له حيث لا يومر المديون بالدفع اليه وان صدقه لان للوصي له ليس نايبا عن الميت
وتصادقهما ليس بحجة على نقل ملك الميت ثم فرع على هذا القول فقال اذا دفع المال
الى الوصي لا ياخذ منه كفيلا اما لنفسه فلانه اقر انه قبض بحق واما للغايب فليبقا
دينه على الغريم فاذا حضر رب الدين واخذ منه الدين ثانيا كان للدافع تضمين الوصي
ما اخذه منه وهو المراد بالمالك في قول المصنف رحمه الله وللمالك تغريم الوصي وانما اطلق
المالك على الدافع لدفعه في الدين ملك نفسه وهذا لانه انما دفع اليه الدين على ان يسلم
له ما في ذمته ولم يسلم له واقراره بوصايته قد بطل بتكذيبه حيث جا الغايب
حيا بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا صدقه المديون ودفع اليه ثم جا الموكل وانكر
الوكالة ورجع عليه حيث لا يكون للدافع ان يرجع على الوكيل لانه لم يتيقن بكذب
الوكيل لاحتمال ان رب الدين كذب في انكاره وظلمه وليس للمظلوم ان يظلم غيره هذا

اذا حضر رب الدين اما اذا تحقق موته وجاء وارثه وقد دفع المديون بقضاء
القاضي فلا ضمان له على الدافع لانه دفع اليه بامر القاضي وقد صح امره وبرئ ولا على القابض
لانه لم يقبض ماله او قبض بامر القاضي واما اذا دفع بغير امر القاضي فللوارث تضمينه
لعدم برائته دون القابض لانه لم يقبض ماله لما عرف من ان الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها وهذا كله تفريع على قول محمد رحمه الله او لما ذكرنا ص ولو قبض
وارث ما اودع المورث من ماله والغير يامر او ما غصب منه بغير امر رب الدين والوديعة
وباقي الورثة وضاع ظهر تضمينه او الدافع ويرجع عليه ان ضمن بلا عكس الحاقا لمريد الحفظ بالغاصب
وغاصبه كذا احد الوصيين خلافا لابي يوسف رحمه الله تفريعا على الانفراد الا ان يامر به
القاضي لان له اختيارا ولو لا يدي من قام مقامه وحادث كما في الوصي المرتاب بخلاف قبض ما اودع
عند الميت حيث لا تضمنه الوصي اصلا ولا الوارث ان احاط الدين ادمر له المسعد الاول
مضيعه تحور الحار والوصي باصه ان حافا كما في حالة الحرق والوصي بمحل للميت مطلقا والوارث
له ان احاط الدين ولنفسه ان لم يحط الا ترى ان الملتقط المشهد محتسب وغيره غاصب
ش رجل اودع رجلا الف درهم مشتركة بامر شريكه او الفا مغصوبة ثم مات وعليه
ديون فقبض احد الورثة تلك الوديعة بغير امر رب الدين وهو غريم الميت سواء
كان ذلك السهام معصوبا منه وبغير امر رب الوديعة وهو الشريك وبغير امر باقي
الورثة فهلك المقبوض في يده ضمن استحسانا وكل واحد منهم بالخيار ان شاء ضمن القابض
حصته لتعديه بقبضه مال الغير بغير امره وان شاء ضمن الدافع وهو مودع المورث
لتعديه بدفع الوديعة الى غير مستحقها بغير امره وهذا لانه لما لم يكن للقابض حق
القبض لم يكن للدافع حق الدفع ثم الدافع اذا ضمن يرجع على القابض لانه ملك المضمون
باداء الضمان وقد هلك المضمون في يد القابض فكان له ان يضمنه والقابض اذا ضمن
لا يرجع على الدافع الحاقا للمودع اذا ازال حفظ الوديعة بالغاصب وللقابض منه
بغاصب الغاصب وكذلك الجواب في قبض احد الوصيين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف رحمه الله تفريعا على اصلا فيهم في جواز انفراد احد الوصيين بالتصرف
فعند ابي يوسف رحمه الله لما كان له ان ينفرد بالتصرف كان قبضه الدين والوديعة
ينفذ امانة فلا يضمن وعندهما لما لم يكن له ان ينفرد بالتصرف في قبض الدين والوديعة

استحسانا

استحسانا لكونه ما بني على الولاية المفوضة الى مجموع رايهما كان قبضه تعديا فيلزمه
الضمان بالضياع في يده بخلاف تصرفه في الاشياء المستثناة وهي ثمانية تجهيز الميت
وشراء ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وبيع ما يخشى عليه التلف وتنفيذ الوصية
المعينة وقضاء دين الميت من جنسه والخصومة ورد الودائع وقبول الهبة
وجمع الاموال الضائعة وقد عرف ذلك في موضعه قوله الا ان يامر به القاضي
الى اخره اشارة الى ان الامر اذا رفع الى القاضي فامر القاضي احد الوصيين بقبض الوديعة
من المودع لم يكن المقبوض مضمونا عليه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين فكان
له اختيار دون الايدي في حفظ المال على الميت والغائب سواء كانت اليد التي
يختارها يدا قائمة في الحال كيد المودع ام يدا حادثة كيد الوارث ويد احد الو صيين
الا يرى ان وصي الميت اذا كان مرتابا في امانته كان للقاضي ان يعزله ويدفع التركة
الى غيره كذلك هنا ولو لم يكن الذي في يده المال مودعا بل كان غاصبا منه في
حياته فرد المغصوب بعد موته فالجواب فيه كالجواب في المودع الا في فصل
واحد وهو ان القاضي لا ينزع المغصوب في يده لظهور خيانته بل يأخذه ويدفعه
كالجواب الى من يثق بيده على ما وصفنا وانما اتحد الحكم في المودع والغاصب في غير الصورة
التي ذكرناها لان يد الغاصب يد حافظة حقيقة لان له ولاية الحفظ للرد
على المالك فكان كالمودع فان قيل القابض قبض باذن المودع والغاصب فوجب
ان يكون حكمه كمودع الغاصب ومودع الغاصب لا يضمن للغاصب شيئا
قلنا القابض ليس مودع الغاصب لانه ما قبض ليحفظه للدافع وانما قبضه
لحق له فيه فكان من هذا الوجه بمنزلة غاصب الغاصب لانه قبض لنفسه
هذا كله اذا قبض الوارث او احد الوصيين ما اودعه الميت عند الغير واما اذا قبض
من منزل الميت ما اودعه الغير عنده فالقابض ان كان وصيا فلا ضمان عليه اصلا
سواء كان قبضه باذن الورثة والغرماء ام بغير اذنهم واذا لم يضمن في الوديعة فلا
يضمن في قبض تركة الميت بطريق الاولى وان كان القابض وارثا فكذلك ان كان الدين
محيطا بالتركة فان لم يكن محيطا فعليه ضمان المقبوض ان هلك هذا شرح ما ذكره
المصنف رحمه الله وهو مشكل لان احاطة الدين وعدمها انما يعتبر في قبض الوارث

التركة بغير أمر القاضي وبقية الورثة وأما في قبض الوديعة فلا قال في التحرير عقيب الكلام
على قبض الوارث التركة هذا إذا قبض التركة فأما إذا قبض الوديعة التي في يد الميت
فلا ضمان عليه لأن قبضه لم يكن للتمليك لأنه لا يملك الوديعة فكان قبضه للحفظ في الظاهر
كما في الدين المستغرق انتهى كلامه وإنما لم يضمن أحد الوصيين هنا مطلقا والوارث بقبض التركة
عند إحاطة الدين وضمنا في الوجه الأول وهو ما إذا قبضا الوديعة من مودع
الميت لأن منزل الميت مضيعة لزوال يد الحافظة عنه بموته ولهذا إيداع
الجار ومن الطريق احترازا عما فيه إذا خافا عليه الضياع بخلاف يد المودع لأنها يد
حافظة فلم يكن للوصي أو الوارث أن ينفرد بقبضها لغير ذي مستحقها أما هنا
فالقبض من منزل الميت بعد زوال يد الحافظة وصيرورته في منزله لا في
يد أحد فافترقا ألا ترى أن للمودع أن يودع الوديعة فيما إذا خاف عليها الحرق
أو الغرق حفظا لها فكذلك هنا إذا كان كذلك فنقول إنما لم يضمن الوصي بالقبض
من منزل الميت وضمن الوارث بقبض التركة لأن الوصي في القبض يعمل للميت مطلقا
لأنه يقبض المال لتوصله إلى مستحقه وأما الوارث فيعمل للميت إن أحاط الدين بتركته
لكونه لا يملك شيئا منها فيكون قبضه حينئذ لغيره على وجه الحسبة إعانة للمستحق
على تحصيل ماله ويعمل لنفسه من وجه إن لم يحط الدين لكون الدين القليل لا يمنع ملك
الوارث التركة وقبض حصة الغير بغير إذنه بمنزلة الغصب ألا ترى أن الملتقط
إذا أشهد أنه يأخذ اللقطة ليردها على صاحبها يكون فعله حسبة منه وإعانة للمالك
على حفظ ماله لكونه قبضا لغيره فلا يضمن وإذا لم يشهد يكون غاصبا لكون القبض واقعا
لنفسه والله أعلم

ص باب الوصية بالمبهم

س اعلم أن بعض مسائل هذا الباب نقلها المصنف رحمه الله إلى باب إقرار
الوارث بالعتق من كتاب الإقرار س لو أوصى لأحدهما جاز ص الوصية لأحدهما
عنده تحملا لجهالة الحق دون المستحق كما في الإقرار إذ الحبس بين الصلة والبدل أو ملك
وعبر لولاه جاز بدليل العقب والحمل القائم والبيان إلى الورثة لخلافه وحاجة
التمييز ضد العتق المبهم لقوتها بالشيوع فإذا كانا اثنين لم ينفرد أحدهما جاز

الحيف

الحيف في الموروث ضد بيان المستولي وإلا في سوء المبهم إذ كان الإرث بعتق
الأولى ويرد الأخرى وعرف العقر ببيان الفرد ويسعى عتق الموصى له على
التخيير إن أعتقهما لا إن أعتق أحدهما حرف مر في بيع المبهم س رجل أوصى
لرجل بأحد عبديه جازت وصيته بخلاف ما إذا أوصى بالثلث لأحد رجلين بأن قال
لفلان أو فلان وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
أن الوصية صحيحة لأحدهما لكن تخيير الموصى له إلى الورثة عند محمد رحمه الله الجهالة
الموصى له وعند أبي يوسف رحمه الله بينهما نصفان لعدم الأولوية والقول لأبي حنيفة
أن الجهالة في الصورة الأولى في نفس الحق وهو محل الوصية وفي الصورة الثانية الجهالة
في المستحق والجهالة في المستحق تحتمل إذا كانت في نفس الحق كما إذا أقر لرجل بشيء مجهول ولا
تحتمل إذا كانت في المستحق كما إذا أقر بشيء معلوم لأحد رجلين وهذا بخلاف ما إذا أوصى
لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا فولدت ذكرين على تقدير تسليم جواز الوصية
عنده لأن تخرج كلامه صحيح لإضافته إلى الحمل فكانت الجهالة عارضة بعد صحة الوصية
فيعطي الوارث أي الولدين شاء بخلاف الأولى لأن الجهالة مقترنة بالوصية فافترقا
والدليل على صحة الوصية بأحد العبدين أن الموصى به وإن كان مجهولا باعتبار أنه دائر
بين كونه أصلا في الوصية أو بدلا عن الأصل الموصى به وباعتبار أنه دائر بين الوارث
والموصى له وأحدهما مالك والآخر غير مالك لأن أحد العبدين للوارث والآخر للموصى له لكنها
جهالة تمكن استدراكها بتعيين من له ولاية التعيين وهو الوارث فلا يمنع من صحة
الوصية لأن الوصية للمعدوم وبالمعدوم تجوز فبالمجهول أولى قوله لولاه صفة
كقوله مالك إذ العين مترددة بين مالك موصوف بأنه لم يكن موجودا أصلا جاز
إلا أيضا والدليل عليه أنه لو أوصى لحمل فلانة أو حملها وهو قائم حال الموت بيقين جاز
وذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا لستة أشهر فصاعدا
إلا أن تكون معتدة فجاءت به إلى سنتين من وقت الطلاق أو الموت لأن النسب
يثبت من الزوج وإذا ثبت النسب حكمنا بوجوده وكذا لو أوصى لمن يولد لفلان وهو
مراد المصنف رحمه الله بالعقب وسيأتي تفسير العقب والاختلاف فيه بعد هذا في
باب ما يكون رجوعا ولا ثم إذا جازت الوصية بأحد العبدين لم يكن البيان في العبد

الموصى به للموصى له بل للورثة كخيار التعيين في البيع لوجهين احدهما ان الوارث خلف
الميت ولو كان حيا كان البيان اليه فكذا خلفه بعده الوجه الثاني ان الوارث هو المطلوب
لتوجه الاستحقاق عليه فكان هو المحتاج الى تعيين ما انتقل اليه بالارث مما انتقل الى
الموصى له بخلاف العتق الواقع في احد العبدين بطريق الابهام اذا مات المعتق قبل البيان
حيث يعتق نصف كل واحد منهما ولا يكون البيان للورثة لفوت الخلافة وحاجة
التمييز بفوت شرطها وهو الانتقال الى الوارث اذ العتق المبهم شاع في العبدين
فكان كل واحد منهما حرا من وجه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يورث فلهذا قلنا اذا
كان بيان العبد الموصى به الى الورثة وترك الميت وارثين لا يعتبر انفراد احدهما
بالتعيين حتى لو عين احدهما عبدا غير الذي عينه الاخر كان لغوا ويجبران ان يجتمعا على
تعيين احد العبدين وهذا لان كل واحد من العبدين وهذا لان كل واحد من العبدين بعرض
ان يكون موروثا بينهما بتعيين الاخر وانفراد احدهما بالتعيين ابطال لحق الاخر في
المعين وذلك لا يجوز لانه حيف عليه في موروثه وهذا بخلاف ما اذا اشترى امتين
على ان يأخذ ايتهما شاء وقبضهما ثم استولدهما ولم يبين حتى مات عن ابنين وقيل لهما
بينا المستولدة منهما اولا ليصل البائع الى حقه في ثمنها والى حقه في عين الاخرى وعقرها
حيث ينفرد احد الوارثين بالتعيين اذ ليس فيه ابطال حق الاخر لعدم ملك
الورثة فيهما حيث فات الارث بعتق المستولدة اولا ووجوب رد الاخرى على البائع
وعوض العقر الواجب على الميت وهو عقر المردوده ما ال احد الوارثين المستولده
اولا قوله ويتوقف عتق الموصى له على التعيين الى اخره اشارة الى ان الموصى له في مسالتنا
لو اعتق العبدين نفذ اعتاقه في احدهما وتوقف على تعيين الورثة اما نفوذ العتق فلانه
ملك احدهما من وقت موت الموصي فصار معتقا ملكه وملك غيره فينفذ في ملكه دون
ملك غيره واما التوقف على بيان الورثة فلانه مجهول ولا يتهم لا تفوت بتصرف
الموصى له فاذا سموا احدهما عتق عليه وكان ولاؤه له بخلاف ما اذا اعتق الموصى له
احدهما بعينه حيث لا يعتق وان بين الورثة الوصية في الذي اعتقه لحرف تقدم
في باب بيع المبهم من كتاب البيوع عند ذكر المصنف رحمه الله الفرق بين اعتاق الموصى له
وبين اعتاق البائع مع ان ملك المعتق في الصورتين قاصر للتردد الحاصل فيه عند
الاعتاق

الاعتاق والفرق ان التردد وقع في ثبوت ملك الموصى له في المعين لانه لم يكن ثابتا
وانما يثبت بعارض الوصية في غير المعين ولا يثبت في المعين الا بالبيان والبيان له حكم
الانشاء فيما يرجع الى المعين لما عرف فكان العتق سابقا على الملك في المعين فلم يعتبر
واما في مسألة البيع فالملك كان ثابتا للبائع والتردد وقع في زواله والتصرف العارض
وهو البيع لا يتعرض للمعين والزوال يحتمل باختيار المشتري البيع فيه وقد زال احتمال
الزوال عن ملك البائع باختيار البيع في الاخر ص كذا لو اوصى بعتق احدهما
اذ حل حق الله تعالى فتعيين موصى له او قل به الجهل فيحتمل كما في التوكيل ولا ينفرد
به احدهما الامر الا بعد تعيينهما كتعيين الموصي حتى لم يملكا الرجوع وبطلت وصية
الوصي حيث لحب بالوضع في الوارث فلو اعتق عنه كل وارث عبدا كان الاخر في التعاقب
ومن عتاق القران عنده اذا التعيين بنفسها او زوال المزاحم والباقي عن المعتق في الشرك
حذاء ان الحق بعد تعين المكنة بارث او امر صند باع المبهم للنسك فيما عدا السبب
وان اعتق عنه الوصي ثم عيناه لم يجز عنده العكس لانه تعليق معنى لهذا الخير عن النوم
من المأمور به عدا وجاز العكس ش اي وكذا تجوز الوصية لو اوصى بعتق احد
عبديه بغير عينه ويكون البيان الى الورثة لان الجهالة اذا لم تمنع الملك فلان
لا يمنع العتق اولى قوله اذ حل حق الله تعالى بالجيم الى اخره اشارة الى جواب سؤال
مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا تصح هذه الوصية لتمكن الجهالة في الموصى له
بالعتق وهو العبد كما لو اوصى لفلان او فلان وتقرير الجواب ان يقال اما على اصلهما
فظاهر لان الراجح في الوصية بالعتق حق الله تعالى فتعين موصى له فكان المستحق معلوما
فلا جهالة واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فحق العبد وان كان راجحا الا ان ما في الوصية
بالعتق من حق الله تعالى تقلل الجهالة فيحتمل لكونها جهالة يمكن استدراكها فصار كما
لو وكل رجلا في اعتاق احد عبديه حالة الحيوة بخلاف الوصية الوصية لفلان او فلان
لان الجهالة هناك غير مستدركة فافترقا ثم اذا صحت الوصية بالعتق لا ينفرد
به احد الوارثين لما مر من ان فيه ابطال حق الاخر في العبد الموروث وذلك حيف
فلا يجوز الا ان يكون اعتاق احد الوارثين بعد تعيينهما احد العبدين للعتق لان الاعتاق
بعد الوصية واجتماعهما شرط التعيين لاحتياجه الى الرأي لا شرط التنفيذ

لانه من باب التلفظ المستغني عن الراي وهذا لان تعيينهما كتعيين الموصي بخلاف ما
ولهذا لا يملكان الرجوع عن تعيين احد العبدين الى الآخر كما لو كان الميت هو الذي
عينه بنفسه وكذا لو اوصى الى رجل ان يضع ثلث ماله حيث احب فعين انسانا
ووضعه فيه لم يكن له ان يعين غيره بعد ذلك كما لو عينه الموصي من الابتداء حتى لو
وضعه الوصي في الوارث بطلت الوصية وان لم يصح الوضع كما لو كان المورث عينه
من الابتداء له فلو اعتق عنه كل وارث الى آخره اي ولو لم يجتمع الوارثان على تعيين
احد العبدين للوصية حتى اعتق عن الميت كل وارث عبدا فلا يخلو اما ان خرج كلامهما
معا او متعاقبا ففي صورة التعاقب يكون الآخر منهما عن الميت وفي القران يجبران على
البيان فمن عيناه عن الميت عتق عنه والباقي من العبدين في الصورتين يكون عتقه
عن معتقه كما في عبد مشترك بينهما وحكم اعتاق العبد المشترك معروف اما تعيين
الآخر في صورة التعاقب فلان الاول كان مزاحما في العتق وقد زالت مزاحمته باعتاقه
فصار كما لو زالت مزاحمته بموته او قتله واما تعيين تعيناه في صورة القران فلانهما لما جبرا
على بيان لنفي الاحتمال وعينا احدهما للوصية تعين بنصهما ضرورة واما عتق العبد
الباقي في كل واحدة من الصورتين عن معتقه فلان المعتق صرح بعتقه فوجب
اعتباره صونا من الغاء كلام العاقل مع امكان تصحيحه وقد امكن لان شرط صحة اعتاقه
تمكنه منه والتمكن ثابت له بيقين لان العبد ان لم يكن موصى بعتقه كان تمكنه
بسبب ملكه فيه بناء على الارث وان كان موصى بعتقه فتمكنه ثابت بسبب
امر الميت بناء على ان احدهما ينفرد بتنفيذ العتق اذا كان محله معينا وهذا خلاف
ما اذا اشترى الرجل عبدين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء فاعتق البائع احدهما حيث
لا ينفذ اعتاقه في الحال بل يتوقف لاحتمال ان يعينه المشتري للبيع فوقع الشك
في صحة السبب وهو الاعتاق اما في مسئلتنا صحة السبب متيقنة كما ذكرنا والشك انما هو
فيما عدا السبب وهو جهة العتق هل وقع عن الميت او عن الوارث فافترقا هذا كله
اذا اعتق الوارث واما اذا لم يجتمع الوارثان على تعيين الموصى به حتى اعتق الوصي عبدا بعينه
ثم عينه الوارثان للوصية فلا يجوز بخلاف العكس وهو ما لو عينا احد العبدين للوصية
ثم اعتقه الوصي حيث يصح والفرق ان هذه الوصية من حيث المعنى تعليق بعتق

لحد

احد العبدين بوقت بيان الورثة فيه فاذا اعتقه الوصي قبل وجود ذلك
الوقت لم ينفذ وكان اعتاقه لغوا بخلاف العكس ولهذا لو امر رجلا بان يعتق عبده
غدا فاعتقه اليوم لم ينفذ وكان لغوا بخلاف ما اذا امره بان يعتقه اليوم فاعتقه
غدا حيث ينفذ لوجود شرط صحته ولو اوصى بعتق المعين ينفرد به
الوارث والوصي لعتقه التلفظ عن الراي كاحد وكيلي التطليق مجانا والايفاء وجاز
التعليق من الوارث حتى ضمن التدبير والكتابة لا من الوصي لان الوصي مامور والمطلق
لا يعد والتنجيز حتى لغى خلع الوكيل بالتطليق والوارث كالمالك اذ حق الموصي وان
منع الارث فالسبب عامل فيما لا يضاره كما في المكاتب وبالحدث يختص الوارث
بالارش والعقر والكسب والولد وسقي الرق والنكاح لو كان العبد زوجا
او قريبا كما سبق في الموصى به الى الرد والقبول كذا لو صار في الثلث او حبي او احاط
دين الموصي لاستواء المنع اذ لم يخل عن حق العبد او غيره وان رد بعد البيع
نقضا العود الغد تم بخلاف الرد لعتقه ودين العبد في الاظهر وضيق الثلث عن قلبه
موصى بها اذ حلا الثلث الجديد وما زاد الثلث عن حق الوصي وذمته عن الدين فزال
المانع كما في موت المكاتب عاجزا اذ العجز استند الى حال الحيوة فناسب بالملك لا اللوث
كما في موت الموصى له قبل القبول والرد لاستناد الملك الى حال تمام السبب وهو
موت الموصي اذ عرضه الرد بمنع الدخول لا الخروج كما في الشراء بشرط الخيار لهذا
لو ولدت بين الموت والثلث واسع عتقت وكان الولد حرا رجل اوصى بعتق
عبد معين يخرج من ثلثه ومات فلكل واحد من الورثة والوصي ان ينفرد باعتاقه
لان الاعتاق تنفيذ الوصية باللفظ والتلفظ مستغن عن الراي فلا يفتقر
الى الاجتماع عليه فصار كما لو وكل رجلين في تطليق امرأته بغير عوض او بايفاء دين
وهناك ينفرد كل واحد منهما لان هذا التصرف المامور به عن الراي فكذا هنا قوله
وجاز التعليق من الوارث الى آخره اشارة الى ان الوارث والوصي اذا كان لكل منهما
ان ينفرد باعتاق العبد هل علا تعليق العتق بالشرط كما يملك تنجيزه ام لا فالحكم
انه يجوز التعليق من الوارث حتى في ضمن التدبير والكتابة وان لم يكونا معتبرين
منه ويعتق في التدبير بموته عن الميت وكذا باداء البدل في الكتابة ورد المال

الى المالك لانه استحق العتق بالوصيه فباى جهة حصل وقع عن المستحق ولهذا الوصي فلا يجوز
تعليقه العتق بالشرط لانه يتصرف بحكم الامر وهو مامور بالتنجيز لان الامر
المطلق لا يتجاوز التنجيز الى التعليق اذ التعليق ليس بتنجيز ولهذا الوكيل رجلا بتطليق
امراته طلاقا بائنا فخالعها على مال كان تصرفه لغوا وان كان فيه منفعة للزوج
لان الخلع تعليق للطلاق بقبول المراه والمراه بالتنجيز لا تملك التعليق وهذا بخلاف
تعليق الوارث لان الوارث كالمالك وقد ملك التنجيز فيملك التعليق وذكر في
باب الوصية بالعتق للعبد بعد الخدمة من المحيط ان الوصي ايضا يجوز تعليقه
قوله اذ حق الموصي وان منع الارث الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال وجب ان لا يجوز تعليق الوارث ايضا لانه لم يملك العبد اذ حق الموصي
وهو الوصيه يمنع الارث ولهذا لو كان الموصى به قريب الوارث لا يعتق عليه
بموت المورث وانما ملك التصرف بحكم الامر والتفويض فكان كالوصي وتقرير
الجواب ان يقال حق الموصي وان منع الارث الا ان سبب ثبوت الملك للوارث
وهو القرابة قائم وقد وجد شرطه وهو الموت الا انا جعلناه عدما فيما
تضاد حق الموصي لحاجته فيبقى السبب عاملا عمله فيثبت ملك الوارث في كل حكم
لا يضاد حق الميت كما في المكاتب والتعليق المذكور لا يضاد حق الميت لان العتق
باي جهة حصل يقع عن الميت وبهذا الحرف الذي ذكرناه يختص الوارث بالارش لو
قطعت يد الجاريه الموصى بها وبالعقر لو وطيت بشبهة وبالكسب لو اكتسبت شيا
وبالولد لو ولدت لان ثبوت هذه الاشيا للوارث لا تضاد حق الموصي في تنفيذ وصيته
فظهر ملك الوارث فيها بخلاف الرق والنكاح حيث يبقيان وان كان العبد الموصى به
قريب الوارث او زوجا للوارثة لان في ثبوت الملك للوارث في حق هذين المعنيين
ابطال حق الموصي في الوصيه فيبقيان كما يبقيان في العبد الموصى به الى حين تبين حاله
برد الموصى له او قبوله ولهذا لو كان العبد الموصى به قريب الموصى له توقف عتقه على قبوله
ولو كان زوجا للموصى لها توقف فساد نكاحها على قبولها لان الموصى له لا يملك الموصى به
بدون قبوله صريحا او دلالة كاعتاقه العبد الموصى به وموت الموصى له بعد موت
الموصي كقبوله استحسانا ولو مات العبد الموصى بعتقه قبل ان يعتق قيل لا يفسد النكاح

ان

ان كان زوج الوارثة لان الوصية المانعة من ملك الوارث انما تبطل بالموت وبعد الموت
لم يبق شي للميت وعلى الوارثة عدة المتوفى عنها اربعة اشهر وعشرا لانها حرة مات عنها
زوجها بخلاف ما اذا كان زوجها مكاتبا فقتل وفيه وفا لا تفي ببدل الكتابة او مات
عاجزا حيث يفسد النكاح كما سيأتي في الجنايات عليه بعد هذا ان شا الله تعالى قوله
كذا الوضا والثلث الى اخره اي وكذا يبقى الرق في العبد الموصى بعتقه اذا كان قريبا للوارث
ونكاحه اذا كان زوجا للوارثة اذا ضاق الثلث عن تنفيذ الوصية بالعتق
وكذا لو لم يعتق لكن جنى العبد الموصى بعتقه جناية خطا ودفع بها او لم يدفع
او كان على الموصي دين يحيط بماله لما عرف من ان حق الموصي مانع من ثبوت الارث
وقد استمر المنع في هذه الصور الثلاث اما في الصورة الاولى فلان العبد لم يخل عن
ثبوت حق العتق فيه من جهة الميت ولو ثبت فيه حقيقة العتق لم يملك الوارث
شيا من رقبته لكن يسعى فيما عدا الثلث فكذا هذا وكذا في الصورة الثانية لان
الوارث انما خوطب بموجب الجناية لقيامه مقام المورث وفداه صارت
الجناية كان لم تكن والفدا متبرع من الوارث فيثبت فيه حق العتق عن الميت
وان دفعه بطلت الوصية كما لو دفع بالدين واما في الصورة الثالثة فلان العبد
وان خلا عن ثبوت حق العتق فيه لتقدم الدين على الوصية الا انه تعلق به
حق اخر وهو الدين المحيط بمال الموصي وذلك مانع من الارث والوصية وهذا
استحسان والقياس ان الدين المستغرق لا يمنع تعيين وقد عرف وجه
القياس والاستحسان في موضعه قوله وان رد بعد البيع الى اخره اشارة
الى ان العبد الموصى بعتقه اذا بيع في الدين المستغرق ووجد المشتري به عيبا
فرده بعد القبض بقضا القاضي عاد الى ما كان عليه قبل البيع لعود قديم الملك
وقبل البيع كان موصى بعتقه والموصى بعتقه لا يورث كما ذكرنا بل يباع في الدين
ثانيا وهذا بخلاف ما لو كان الرد بالعيب بغير قضا القاضي حيث لا يبقى الرق ولا النكاح
بل يعتق العبد ان كان قريب الوارث ويفسد النكاح ان كان زوج الوارثة لان الوصية
بالعتق قد بطلت بالبيع في الدين والرد بالعيب بعد القبض بغير قضا عقد جديد
في حق الثالث فكان الثابت به ملكا جديدا في حق الثالث وهو العتق بالقرابه

وفساد النكاح وقد خلا الملك الجديد عن حق الموصي فظهر حق الوارث بخلاف
ما اذا كان الدين المحيط على العبد دون المولى وقد اوصى به لرجل ولا مال
له غيره حيث لا يمنع ملك الوارث في الاظهر وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
انه يمنع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه اقوى من دين المولى بدليل
تقدمه في القضاء على دين المولى واستويا تعلقا بمالية العبد لان دين المولى
لا يتعلق بماليته الا عند الموت ودين المولى اذا احاط بالتركة مانع من الارث
فدين العبد اولى وجه الاظهر ان موت المولى سبب انتقال الملك الى الوارث
صورة فوات اهليته للملك لكن جعلت التركة مبقاة على حكم ملكه فيما
يرجع الى حاجته ودينه من حوائجه لان دينه عنده اذ لا يحبس به في الدنيا ولا
يعاقب به في الاخرى وقد خلت ذمته عن الدين المانع من انتقال الملك الى الوارث
فيملك العبد مشغولا بالدين كما كان في ملك الوارث وبخلاف ضيق الثلث عن رقبة
العبد الموصى به لرجل حيث لا يمنع ايضا حق الوارث فيما زاد على الثلث فلو ما زاد
على الثلث عن حق الموصى فزال المانع من ثبوت ملك الوارث في هذه الصور فصار
كما لو مات المكاتب عاجزا الا ان العجز يستند الى آخر جزء من اجزاء حياته فينفسخ
الكتابة حينئذ ويزول المانع من ثبوت الملك لامرأته فيه فلا تبين منه بالملك
لا بالموت كما لو اوصى لرجل بامرأته وقد ولدت منه ومات الموصي ثم مات الموصى
له قبل القبول والرد من حيث انها تبين منه بالملك لا بالموت حتى تعتد بالحيض
لاستناد ملكه الى حال تمام السبب وهو موت الموصي لان الوصية تتم بموت
الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق ان يرد الموصى له
الوصية واحتمال الرد انما يمنع الدخول في ملكه بغير رضاه دون الخروج من ملكه
اذ خيار الرد كخيار المشتري بشرط الخيار له بلا ثمة الامام وهناك لو مات المشتري
سقط خياره وثبت ملكه فكذا هنا ولهذا المعنى لو ولدت الجارية الموصى بها زوجها
بين موت المولى وموت الزوج الموصى له وهي والولد يخرجان من الثلث عتقت عليه
بالاستناد وكان الولد حرا لما قلنا من استناد الملك وهذا اذا خرجت الام والولد
من الثلث واما اذا لم يخرجا فكذلك عندهما لانهما ينفذان الوصية فيهما كان الوصية

تناولتها

تناولتها جميعا واما عند ابي حنيفة رحمه الله فينفذ في الام اولا الى تمام الثلث
من الولد فان كان الثلث ينفذ رقبة الام والولد رقيق للورثة وان فضل الثلث
عن الام فحينئذ يعتق من الولد الى تمام الثلث ويسعى في الباقي والله اعلم

ص باب الوصية بنصيب الوارث ومثله

ش اعلم ان هذا الباب مع ترتيب الوجيز والتحرير من الابواب المتفرقة المذكورة
عقيب ابواب الضمان ص له بنتان وعم فاوصى بنصيب بنت لم يجز اصلا
اذ التنفيذ ظلم والتوصية مشروطة بمعلوم اجازته نقصه كما في الاجنبي ودفع
الميل تخير للباقي ش رجل له بنتان وعم فاوصى لرجل بنصيب بنت
لم يجز اصلا سواء اجازت الورثة ام لم يجز لان تنفيذها ظلم اذ لفظ البنت
وان صح اطلاقه على المعدوم بطريق المجاز الا انه حقيقة في الموجود والكلام
لحقيقته ما لم يقم دليل على المجاز فصار كانه قال اوصيت بنصيب احدى بنتي
هاتين ولو قال كذلك لم يجز لانه وصية بملك الغير فكذا هذا وهذا بخلاف
ما اذا اوصى بجميع ماله لانه ملكه وهو محل الوصية بدليل انه لو لم يدع وارثا
يصح الا انه اذا ترك ورثة تعلق به حقهم فيتوقف على اجازتهم كالراهن
اذا تصرف في المرهون اما نصيب الوارث الموجود ما يملكه الوارث بعد
موت المورث فكانت الوصية به وصية بملك الغير لا بماله نفسه وهذا
بخلاف ما اذا لم يكن له بنت حيث ينصرف الاسم الى المعدوم مجازا وتصح الوصية
لتعذر الصرف الى الحقيقة فان قيل تعذر الحمل على الحقيقة ليس بشرط لازم
لصرف اللفظ الى المجاز بل اذا صلح اللفظ لارادته يجوز به وقام الدليل على الارادة
تعين المجاز مرادا وصرف اللفظ اليه سواء تعذرت الحقيقة ام لم تتعذر
وهذا اللفظ صالح ودلت الدلالة على ارادة المجاز اذ الظاهر ان الموصي قصد
الصحة قلنا لا نسلم ان الظاهر هذا بل الظاهر انه لا يؤثر الاجنبي على ورثته
ولو سلمنا ان الظاهر هذا لكن في اعماله هنا استحقاق على الورثة والظاهر
لا يصلح للاستحقاق الا ترى ان من اوصى لما في بطن فلانة وزوجها حي لم يطلقها

ومات الموصي ثم جاءت بولد لاكثر من سنة لم تصح الوصية وان كان الظاهر انه كان موجودا
يوم الوصية لما ان الغالب انه يولد لاكثر من ستة اشهر لما ذكرنا من ان الظاهر لا يصلح
للاستحقاق لذا هذا قوله والتوقيف مشروط الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال وجب ان تجوز الوصية وتتوقف على اجازة الورثة كما لو اوصى بمال اجنبي ثم مات
الموصي فاجاز الاجنبي الوصية فانه تصح ويكون المال هبة من الاجنبي للموصى له وتقرير
الجواب ان يقال التوقيف على الاجازة مشروط بكون الموقوف على اجازته معلوما لتكون اجازته
هبة منه للموصى له كما في الاجنبي على ما ذكرتم وهنا الوصية بنصيب احدى البنتين واحدهما
مجهولة غير معلومة فاذا اجزنا الوصية لا ندرك من جهة ايتهما انعقد الوصية حتى يترتب
حكم النفاذ عليها وحكم البطلان في حق الاخرى فامتنع القول بالتوقيف لفقد شرطه
حتى لو قال اوصيت بنصيب هذه البنت فاجازت صح كما في الاجنبي قوله ودفع المثل
تغيير لما في اعيان الجواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان ينصرف
هذه الوصية الى مثل نصيب البنت الموجودة تصحيحا للوصية كما لو صرح بالمثل على ما
سياتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وتقرير الجواب ان يقال لو صححنا الوصية بهذا
الاعتبار ودفعنا مثل نصيب البنت الموجودة الى الموصى له لكان تغييرا لتصرف
الموصي لما في غلب هذا من ان الحاصل للموصى له في الوصية بالنصيب غير الحاصل
له في الوصية بمثل النصيب **ص** وان اوصى بمثل نصيب بنت جاز لان
النصيب معيار لا موصى به عكس الاول اذ المثل غير وللموصى له الربع اذ نصيبها سهم
من ثلاثة ومثل الكل ربع الكل ولان المال منقوصا بالنصيب يعدل ثلاثة فالكامل يعدل
اربعة **ش** اي ولو اوصى بمثل نصيب بنت جازت الوصية لانه لم يوص
بنصيب الوارث وانما اوصى من مال نفسه بمثل نصيب البنت اذ مثل الشيء غيره
فكان ذكر النصيب معيارا لما اوصى به من مال نفسه لا انه موصى به عكس
المسألة الاولى فان النصيب فيها موصى به لا معيار للوصية ثم اذا صحت الوصية
بمثل النصيب كان للموصى له ربع التركة لان نصيب البنت الثلث سهم من ثلاثة اسهم
ومثل الثلث ربع الكل فيجعل الفريضة على اربعة اسهم منها سهم للموصى له والباقي بين العم
والبنتين اثلاثا لان القسمة بعد تنفيذ الوصية وانما زدنا على اصل الفريضة سهما

لانا

لانا لو لم نزد واعطينا الموصى له من اصل الفريضة وهو ثلاثة لبقي سهمان بين
العم والبنتين اثلاثا لكل بنت ثلثا سهم وذلك اقل مما ياخذه الموصى له فيفوت
المماثلة بين نصيب البنت ونصيب الموصى له قوله ولان المال الى اخره اشارة الى
تخريج المسألة بطريق الجبر والمقابلة وبيانه ان ناخذ مالا مجهولا ونعطي للموصى له
نصيبا مجهولا ونعطي للموصى له نصيبا يبقى معنا مال الا نصيبا يعدل ثلاثة انصباء
لان هذا القدر نصيب العم والبنتين واذا كان المال منقوصا بالنصيب يعدل
ثلاثة انصباء كان المال الكامل يعدل اربعة انصباء فتظهر انها وصية بالربع
كما ذكرنا **ص** كذا لو اوصى بنصيب بنت لو كانت اذ لا ملك للمعدوم
وللموصى له تسعان قدر النصيب لو كن ثلاثا ولان المال منقوصا بالنصيب
يعدل ثلاثة ونصفا اذ حظ العم مثل نصيب ونصف فالكامل يعدل اربعة
ونصفا وتصح من سبعة وعشرين لكسر الموروث اثلاثا وعن محمد رحمه الله
الحاق ذا بالوسطى والازاد النصيب اليس لو لم يكن عم يقدر بالثلث فيهما وعن
ابي يوسف رحمه الله العكس والاجاوزن الثلثين والفرق بدرج الموصي بجهة
القسمة في الاخرى دون الوسطى لما عرف في الزيادات **ش** اي وكذا تجوز
الوصية فيما لو اوصى بنصيب بنت لو كانت موجودة لان ذكر النصيب فيها معيار
لقدر الموصي به من مال نفسه لان الشرع لم يجعل للمعدوم ملكا واذا صحت الوصية
كان للموصى له تسعا التركة قدر نصيب بنت لو كن ثلاث بنات وعما لانه اذا اوصى
بنصيب وارث معدوم يقدر موجودا ويعطي الموصى له نصيبه ولو كن ثلاث
بنات كان لهن ثلثا المال لا يستقيم عليهن فضربنا اصل الفريضة وهو ثلاثة
في مخرج الكسر وهو ثلاثة فبلغ تسعة ثلثاها وهو ستة بين البنات الثلاث
لكل بنت منهن تسعان فيعطي للموصى له تسعان واما المخرج بطريق الجبر فيقول
يعطي الموصى له نصيبا من المال بقي معنا مال الا نصيبا يعدل ثلاثة انصباء ونصفا
لانه يعدل نصيب البنتين والعم ونصيب العم مثل نصيب البنت ومثل نصفه
لان التقدير انهن ثلاث بنات واذا كان المال منقوصا بالنصيب يعدل
ثلاثة انصباء ونصفا كان المال الكامل يعدل اربعة ونصفا فيضاعف لاجل الكسر

فبلغ تسعة فيكون للعم الثلث وذلك ثلاثة اتساع ولكن بنت تسعان كما ذكرنا وتصح
المسئلة من سبعة وعشرين سهما لانكسار الموروث بالاثلاث لان للموصى له اذا اخذ تسعين
وبقي سبعة اتساع موروثة لا ينقسم على العم والبنتين للانكسار بالثلث فنضرب
مخرج الكسر وذلك ثلاثة في اصل المسئلة وذلك تسعة فبلغ سبعة وعشرين
للموصى له تسعان وذلك ستة اسهم من سبعة وعشرين والباقي وهو احد وعشرون بين
الورثة اثلاث لكل واحد سبعة وروي عن محمد رحمه الله انه الحق هذه المسئلة بالمسئلة
الوسطى وهي ما اذا اوصى بمثل نصيب بنت في الجواب واعطى الموصى له في المسئلتين ربع التركة
اذ لو اعطينا الموصى له تسعين لزاد نصيب كل بنت على نصيب الموصى له بسهم من سبعة
وعشرين وذلك لا يجوز لان الوصية بنصيب بنت لو كانت وبمثل نصيب بنت سوا
الا ترى انه لو لم يكن عم مع البنتين بان مات وترك بنتين او ابنين واوصى لرجل بنصيب
بنت لو كانت او بمثل نصيب بنت ان الفريضة تكون من ثلاثة ويكون نصيب الموصى له
بثلث المال في الصورتين وعن ابي يوسف رحمه الله عكس ما روي عن محمد رحمه الله فانه
الحق المسئلة الوسطى بالمسئلة الاخرى في الجواب واعطى الموصى له في المسئلتين ستة من سبعة وعشرين
لا ما لو اعطينا الموصى له الربع لقيامه مقام بنت واعطينا لكل واحدة من البنتين ربعا لحصل
لثلاث بنات ثلاثة ارباع فيظهر انهن جاوزن فرضهن وهو الثلثان وذلك لا يجوز
قوله والفرق بدرج الموصى به الى اخره لما بين المصنف رحمه الله على ما روي عن
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله من اتفاق المسئلتين في الحكم على الوجه الذي ذكرنا من الخلاف
اراد فيه بالبينة على العلة الفارقة بين المسئلتين في ظاهر الرواية على ما ذكر محمد
رحمه الله في الكتاب فقال رحمه الله والفرق بدرج الموصى به تحت القسمة في المسئلة الاخرى
دون الوسطى وبيانه انه يقول في المسئلة الاخرى اوصى بنصيب بنت لو كانت فاحتجنا
الى تقدير زيادة بنت ثالثة في الورثة وادراج نصيبها تحت القسمة ليظهر مقدار
الموصى به فنعطيه للموصى له واذا فعلنا ذلك صار كان الميت ترك ثلاث بنات وعما فتصح
الفريضة من سبعة وعشرين على ما بينا واما اذا اوصى بمثل نصيب بنت فلا نحتاج الى زيادة
بنت ثالثة في الورثة لان البنت الموصى بمثل نصيبها موجودة ونصيبها معلوم فصار
كانه قال اوصيت بمثل نصيب احدى ابنتي هاتين ونصيبها سهم من ثلاثة فنزيد

على

على اصل الفريضة وهو الثلاثة مثل نصيب البنت وذلك سهم فيصير اربعة على ما بينا
واما الجواب عن مسئلة البنتين المشار اليها بقول المصنف رحمه الله اليس لو لم يكن عم يقدر
بالثلث فيهما اي في الوصية بنصيب بنت لو كانت وبمثل نصيب بنت فمحمد رحمه الله
تصرف فيها بين لفظي الوصية ايضا كما تصرف بينهما في مسئلة الكتاب الا ان هناك اتفق
قدر الموصى به مع اختلاف المخرج وفي مسئلة الكتاب يختلف عند اختلاف المخرج وبيانه
انه متى اوصى بمثل نصيب البنت لا نحتاج الى زيادة بنت لان البنت موجودة ونصيبها
معلوم وهو سهم من سهمين لكنا لو اعطينا الموصى له كمال النصف سهما من سهمين
لبقي السهم الباقي بين البنتين فتزيد وصيته على نصيب البنت فزدنا على السهمين
سهما وقسمنا السهام الثلاثة ليكون للموصى له مثل نصيب بنت كما زدنا في المسئلة
الوسطى على اصل الفريضة وهو الثلاثة سهما للموصى له حتى صارت الفريضة
اربعة وقسمناها بين البنتين والعم لكل واحد منهم سهم حتى كان للموصى له سهم
مثل نصيب البنت واذا اوصى بنصيب بنت لو كانت فههنا اوصى بنصيب بنت
معدومة فلا بد من ان نزيد سهما فجعلنا كان البنتين ثلاث بنات فصار
اصل الفريضة من ثلاثة فظهر ان نصيب بنت لو كانت سهم من ثلاثة فاتفق
الجواب مع اختلاف المخرج وكذا في مسئلة الابنين قوله لما عرف في الزيادات
اشارة الى مسئلة تشهد لما قلنا من صحة الفرق وصورتها رجل مات عن ام وابن
واوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالوصية من سبعة عشر سهما خمسة للموصى له وسهمان
للام وعشرة للابن ووجهه انه لو لم يكن ههنا وصية كانت المسئلة من ستة للام سهم وخمسة
للابن فاذا اوصى بنصيب بنت لو كانت احتجنا الى زيادة بنت لتدرج نصيبها تحت
القسمة حتى يظهر مقدار الموصى به واذا زدنا بنتا كان نصيبها قدر نصف نصيب
الابن وذلك سهمان ونصف فصارت المسئلة من ثمانية ونصف فضعفنا لاجل الكسر
فبلغ سبعة عشر كما قلنا ولو لم نزد بنتا بل قلنا بان الام تأخذ فرضها سهما من ستة ويبقى
للابن خمسة اسهم واعطينا للموصى له مثل نصيب بنت وذلك ثلث الخمسة سهم
وثلثان لتضرر الابن بنقصان حقه وبيانه ان الخمسة اذا قسمت بين الابن
والبنت اثلاثا لم ينقسم فنضرب مخرج الكسر في اصل المسئلة وذلك ستة فبلغ ثمانية

عشر باخذ الموصى له نصيب البنت خمسة وتاخذ الام ثلاثة سدس ولا يبقى للابن خمسة
اسداس المال بل يبقى له عشرة من ثمانيه عشر وحقه في عشرة اسهم وخمسة اسداس سهم
واذا كان كذلك تبين ان هذا التخريج مستلزم لمخالفة النص والاجماع حيث قدم فيه
الام على الموصى له ونقص نصيب الابن ولو قسمنا الثلاثة عشر على الام والابن اسداسا
لكان فيه خلاف ما اثبته الموصى لان الابن حينئذ يحصل له عشرة اسهم وخمسة اسداس
سهم فتبين ان الخمسة التي اخذها الموصى له ليست مثل نصف نصيب الابن ص
كذا لو وصى بنصيب ابن وللموصى له الثلث ان لم يجيزوا والنصف ان اجازوا اذ المال
منقوصا بالنصيب يعدل نصيبا لحجب العم فالكامل يعدل نصيبين حتى لو كانت
البنت وحدها واجازا اخذ ثلثين ص اي وكذا تجوز الوصية لو قال
اوصيت بنصيب ابن والمسألة بحالها لانه لما لم يكن في الورثة ابن صار كانه قال
اوصيت بنصيب ابن لو كان فتصح الوصية لان ذكر النصيب فيها معيار
لا موصى به ويكون للموصى له الثلث ان لم يجز الورثة والنصف ان اجازوا وطريقه
ان يزيد في الورثة ابنا ويخرج نصيبه بحساب القسمة كما ذكرنا قبل هذا فاذا زدنا
ابنا لم يكن العم وارثا بل يكون محجوبا بالابن المقدر ويكون نصف المال
للابن والنصف للبنتين فتبين ان الوصية مقدرة بنصف المال فاذا لم
يجز الورثة كان له الثلث ويبقى الثلثان بين العم والبنتين اثلاثا لا يستقيم فنضرب
اصل الفريضة وهو ثلاثة في عدد من انكسر عليه وهم ثلاثة فتصير تسعة للموصى له
ثلاثة اسهم منها ولكل وارث سهمان واما اذا اجازت الورثة كان له النصف ثلاثة
من ستة وتخريجه ان ناخذ الفريضة من ستة سهم للموصى له يبقى ثلثه لا يستقيم على العم والبنتين
فضربنا الفريضة في عدد من انكسر عليه صارت ستة للموصى له النصف ثلاثة والباقي لكل
وارث سهم واما طريق الجبر فنقول اعطينا من المال نصيبا للموصى له يبقى معنا مال الا نصيبا
يعدل نصيبا وهو نصيب البنتين لان نصيبهما مثل نصيب الابن لما ذكرنا من ان العم
محجوب بالابن المقدر واذا كان المال المنقوص بالنصيب يعدل نصيبا كان المال الكامل
يعدل نصيبين فظهر بهذا ان نصف المال للموصى له والنصف بين العم والبنتين اثلاثا
كما ذكرنا ولهذا المعنى لو كانت البنت وحدها وبقية المسألة بحالها فاجاز العم والبنت كان

للموصى له

للموصى له الثلثان لما ذكرنا من تقدير حجب العم والباقي وهو سهم بين العم والبنت نصفين
انكسر بالنصف فضعفنا فصار الكل ستة للموصى له اربعة وللعم والبنت سهمان واما طريق الجبر
فنقول اعطينا النصيب للموصى له بقي مال الا نصيبا يعدل نصف نصيب البنت واذا
كان المال المنقوص بالنصيب يعدل نصف نصيبه كان المال الكامل يعدل نصيبا ونصفا
فظهر ان النصيب ثلثاه ص وان اوصى بمثل نصيب ابن فللموصى له الثلث
لان المال منقوصا بالنصيب يعدل نصيبين فالكامل يعدل ثلاثة اذ زدنا على السهام
سهما حتى لو كانت البنت وحدها واجازا فللموصى له خمسان اذ الفرض من ثلاثة ونزيد
للموصى له مثل نصيب المقدر سهمين ص اي وان كانت الوصية بمثل نصيب
ابن فالوصية ايضا جائزة بطريق الاولى لان مثل الشيء غيره كما ذكرنا ويكون للموصى له
الثلث لانه لو كان له ابن لكانت التركة بينه وبين البنتين نصفين فنزيد على التركة
لاجل الوصية مثل نصفها وذلك سهم فتصير التركة ثلاثة اسهم للموصى له سهم وللعم والبنتين
سهمان بينهما اثلاثا لا يستقيم فنضرب مخرج الكسر وهو الثلث في عدد من انكسر عليه
فيبلغ تسعة للموصى له ثلاثة اسهم ولكل وارث سهمان ولا حاجة الى الاجازة في هذه الصورة
لان الوصية لم تجاوز الثلث واما طريق الجبر فنقول اعطينا للموصى له من المال
نصيبا يبقى مال الا نصيبا يعدل نصيبين كان المال الكامل يعدل ثلاثة انصباء فظهر
ان ثلث المال للموصى له والثلثان بين العم والبنتين اثلاثا لا يستقيم فضربنا مخرج الكسر
في عدد الورثة فبلغ تسعة فقسمناه كما ذكرنا ولهذا المعنى اذا كانت البنت وحدها
وبقية المسألة بحالها واجاز العم والبنت فللموصى له خمسا المال وذلك اربعة من عشرة
لان الفريضة من ثلاثة لانا قد زدنا انه ترك بنتا وابنا يحجب العم بالابن ولو كان
كذلك كان للابن سهمان فنزيد على الفريضة سهمين لاجل الموصى له بمثل نصيب
الابن المقدر فيجعل المال خمسة اسهم خمساه للموصى له وثلاثة اخماسه بين العم والبنت
نصفين لا يستقيم للكسر بالنصف فضعفنا فصار كل المال عشرة للموصى له خمساه اربعة
اسهم ولكل وارث ثلاثة اسهم واما طريق الجبر فنقول اعطينا النصيب فبقي معنا مال
الا نصيبا يعدل نصيبا ونصفا لانه نصيب الابن والبنت واذا كان المال المنقوص
بالنصيب يعدل نصيبا ونصفا كان المال الكامل يعدل نصيبين ونصفا

فظهر ان النصيب خمس المال وهذا اذا اجاز العم والبنت الوصية واما اذا لم تجز الا زله
الثلث سهم من ثلاثة والله اعلم

ص باب الوصية للموالي الابا

س اعلم ان هذا الباب مشتمل على بابين منوالس في ترتيب الوجيز والمحرر جعلها المصنف رحمه الله في باب واحد للمناسبة ص لو اوصى لمواليه ومات عن الاعلى والاسفل فقد قيل بالتعميم ويرده اختلاف المعنى كالقرء ضد الاخوة والجداب للشركة في الاصالة والجواز وتجويز الوارث ويرده الشك في الاصابة اذ المشترك ضد المبهم ساول البعض عبثا لهذا لو قال لم اعن شيئا لكن لحنا ردا لم يعقد كما في معنيه نسي وبترجيح احدهما ويرده تعارض القصد في سد خلة او شكر نعمة فتعين البطلان للجهل لا يلزم الايمان اذ عموم الحقيقة حكم الاختلاط لا اللفظ ولا الايمان اذ النفي يعم النكرة وجمع الاضداد واعتبر بقولك لا لون او له لون

س رجل اوصى بثلث ماله لمواليه ومات عن مولى اعلى وهو المعتق وعن مولى اسفل وهو العتيق فالوصية باطلة في ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله وقد قيل بانها جائزة لكن اختلف في حكمها على اربعة اقوال احدها ان الوصية تعم الفريقين ذكره القاضي ابو الهيثم النيسابوري عن ابي سهل الزجاجي عن ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان اسم المولى يتناول الفريقين باعتبار معنى واحد وهو العتق فلم يكن بمنزلة الاسم المشترك بل بمنزلة الاسم العام وصار كما لو اوصى لجداته او لاخوته من حيث انه يتناول الجدة والاخ من قبل الاب والاخ من قبل الام ويرد هذا القول ان اسم المولى انما يطلق على الفريقين باعتبار معنيين مختلفين لان المولى يذكر ويراد به المعتق وهو المنعم ويذكر ويراد به العتيق وهو المنعم عليه والتفاوت بينهما كالتفاوت بين الفاعل والمفعول ولا شك في تنافي الفاعل والمفعول وتنافي المنعم والمنعم عليه فكان اسما مشتركا كالقرء بالنسبة الى الحيض والطهر والمشترك لا عموم له فكان المراد احدهما وهو مجهول فوجب التوقف على البيان فان لم يبين في حالة الحيوة والا تعين البطلان الا ترى ان المولى يتناول العم ايضا والناصر ومولى الموالاة ولا يدخلون في الوصية بالاتفاق وهذا خلاف ما استشهد به من المسئلتين لان اسم الجدة يتناول الجدات باعتبار معنى واحد وهو الاصالة اذ كل من الجدتين اصل

بالنسبة

بالنسبة الى الموصي وكذلك اسم الاخ يتناول الاخوة باعتبار معنى واحد وهو المجاورة اما في صلب الاب واما في رحم الام واما فيهما واذا كان الاسم يتناول الكل باعتبار معنى واحد وهو ان اختلفت جهة التناول كان بمنزلة اسم الجنس والعام فوجب القول بالعموم واما القول الثاني فهو ان يتخير الوارث في صرف الثلث الى اي الفريقين شاء وهو مروي عن ابي يوسف رحمه الله كما اذا اوصى باعتاق احد عبديه فانه يجوز ويكون خيار التعيين الى الوارث فكذا هذا ويرد هذا القول ان قائله تخيير الوارث بيان مقصود الموصي واصابة مقصود مشكوك فيها اذ ما من فريق يعينه الوارث للوصية الا ويحتمل ان مقصود الميت غيره بخلاف الوصية بعتق المبهم والفرق ان الثابت باللفظ المشترك احد معانيه عينا عند المتكلم به وان كان عند السامع غير معين كما ذكر في شرح البزدوي للشيخ الامام العلامة عبد العزيز البخاري رحمه الله ولهذا لو قال الموصي لم اعن باللفظ المشترك شيئا من معانيه لكن اختار ان يكون الموصى له هذا لم يفد اختيارا ن شيئا فصار كما لو طلق احدى امرأتيه بعينها ثم نسيها من حيث انه لا يثبت له خيار التعيين اذ ما من واحدة يعينها للطلاق الا ويحتمل ان الاخرى هي المطلقة للشك في الاصابة بخلاف العتق المبهم فان اللفظ يتناول احدهما مبهما لا عينا فلا يقع الشك في اصابة الوارث بالتعيين مقصود الميت فافترقا واما القول الثالث والرابع فترجيح احد الفريقين وتنفيذ الوصية له دون الاخر وهو مروي عن ابي يوسف رحمه الله لكن في رواية جعل الوصية للمولى الاعلى لان المقصود في حق الاعلى شكر نعمة وهو واجب والمقصود في حق الاسفل سد خلته زيادة في الاحسان اليه وذلك مستحب والظاهر من حال العاقل اقامة الواجب دون المستحب وفي رواية جعل الوصية للاسفل لاهتمامه بمصلحة الاسفل وسد خلته عرفا لفقره وحاجته والمعروف عرفا كالمشروط لفظا ويرد هذين القولين ايضا ما ذكر من تعارض القصد في سد خلة الاسفل او شكر نعمة الاعلى واذا كانت هذه الاقوال مردودة بما ذكرنا من البرهان تعين القول بالفساد والبطلان لما ذكرنا من الجهالة المتقررة بفوت البيان قوله لا يلزم الايمان الى اخره

اشارة الى الجواب عن مسئلتين قيل فيهما بعموم المشترك اما المسئلة الاولى فهي
ما اذا استامن الحربي لنفسه ولمواليه فان الامان يعم المولى الاعلى والاسفل
والجواب ان الامان لحقن الدم المحتاط في اثباته وقد استحق احد الفريقين
حقن دمه واختلط به الفريق الآخر فاورث شبهة في حقن دمه والشبهة
في هذا الباب تقوم مقام الحقيقة فكان العموم فيه حكم الاحتياط لا حكم
اللفظ اما في مسئلتنا الوصية تمليك المال والمال لا يثبت بالشبهة فافترقا
واما المسئلة الثانية فهي ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان فكلم ثلاثة من الاعلى والاسفل
فانه يحنث والجواب ان نقول ليس الحنث باعتبار ان اسم المولى يتناولهما بل باعتبار
انه يتناول احدهما لانه بمنزلة النكرة والنفي تعم النكرة ويجمع الاضداد لانه
لا يتحقق المزاحمة فيه اما في مسئلتنا الاسم وان كان نكرة الا انها في الاثبات فتخص فبقي الاسم
على جهالته فافترقا واعتبر ما قلنا بقول القائل لا لون في المحل فانه يتناول البياض
والسواد لاجتماعهما في النفي وان كانا ضدين ولو قال في المحل له لون لا يتناولهما لاستحالة
اجتماعهما في الاثبات للتضاد **ص** وان مات عن الاسفل دون الاعلى جازت
ويقسم على العتقاء والعتقات لصحة المنتسب بالعتق مرادا وعمومه وعلى اولادهم
ان لم يكن هو عتيق الغير او عربيا اذ النسبة بسراية ذلك العتق وعلى عتقاء العتقاء
ان لم يوجد احد من هؤلاء حذار التعطيل او ترك الحقيقة للمجاز كما في الوقف بخلاف الامان
اذ التسوية لا تنقص حظ الحقيقة وهي كالجامع للمجاز في مثله واعتبر الام مع الجدة في الارث
والتحريم وعلى موالي الموالاة ان لم يوجد احد من هؤلاء صونا عن اللغو وترجيحا باللزوم
كما في الارث **مص** اي وان مات الموصي عن المولى الاسفل خاصة دون الاعلى
جازت الوصية ويقسم الثلث على عتقائه وعتيقاته لانه لما لم يكن له مولى اعلى
تعين مواليه الذين ينسبون اليه بالعتق والمولى لفظ عام فيتناول الذكور والاناث
بعمومه ولذلك يقسم ايضا على اولاد مواليه بشرط ان لا يكون ابو الاولاد رجلا من العرب
او عتيق رجل آخر لان الاب اذا كان عتيق الغير كان ولاء اولاده لمعتقه دون معتق
امهم واذا كان الاب عربيا لا يتصور فيه ولاء العتاقة لعدم جريان الرق عليه فكذا
اولاده وان كان الاب حرا من غير العرب يدخل الولد في الوصية عندهما وقال ابو يوسف

رحمه الله

رحمه الله لا يدخل لان الولاء عنده بمنزلة النسب فيحجب الحافد بالاب كما لو كانا
معتقين وعندهما ولاء العتق اقوى من ولاء الموالاة فصار الاضعف في مقابلته
عدما فكان كما لو كان الاب عبدا وانما دخل اولاد العتقاء مع اصولهم في الوصية
لانهم مواليه ايضا بطريق الحقيقة اذ نسبتهم اليه بسبب سراية ذلك
العتق الحاصل لاصولهم باعتاق الموصي من غير واسطة اختيارية فكان الاسم
لهم حقيقة ولهذا لا يصح نفي الاسم عنهم فلا يقال ولد معتقه ليس بمولاه
وهذا بخلاف ما لو اوصى لاولاد فلان ولفلان اولاد واولاد اولاد حيث لا يدخل
الحفدة في الوصية لان اولاده حقيقة من باشروا بولادتهم بغير واسطة اختيارية
والحفدة ليسوا كذلك لتخلل واسطة ايلاد الصلبيين بينهم وبين الحفدة
ولهذا يصح نفي اسم الولد عنهم فيقال ليسوا اولاد فلان بل اولاد اولاده فصارت
الحفدة هنا بمنزلة عتقاء العتقاء في مسئلتنا من حيث تخلل الواسطة الاختيارية
في النسبة الى الاصل وهذا كله اذا وجد العتقاء او العتيقات او اولادهم واما
اذا لم يوجد واحد من هؤلاء المذكورين بل مات الموصي عن عتقائهم فان الثلث
يصرف اليهم فقول المصنف رحمه الله حذار التعطيل تعليل لصرف الوصية لموالي
الموالي وقوله او ترك الحقيقة تعليل لاشتراط عدم الموالي في استحقاق مواليهم
وبيانه ان يقول اما الصرف اليهم فلانهم وان كانوا ينتسبون اليه
بطريق المجاز الا انه امكن العمل به عند تعذر الحقيقة فيعمل به حذرا
من تعطيل الوصية لان مقصود الموصي من الوصية اعمالها لا اهمالها واما
اشتراط عدم العتقاء والعتيقات واولادهم فلان الاسم لهم حقيقة كما بينا
ولموالي الموالي مجاز فلو عمل بالمجاز حينئذ لكان فيه ترك الحقيقة لاجل اعمال
المجاز وذلك لا يجوز لان المستعار لا يزاحم الاصل فصار كما لو وقف على اولاد زيد
ولزيد اولاد وحفدة من حيث ان الوقف يكون للاولاد ولا يستحق احد
من الحفدة شيئا ما دام احد من الصلبيين باقيا وهذا بخلاف الامان فان
الحربي اذا قال للمسلمين امنوني على اولادي فامنوه وله اولاد وحفدة فالكل
امنون لكن في دخول اولاد البنات في الوصية والوقف والامان روايتان

وانما وجبت التسوية في الامان بين ولد الصلب وبين الحافد وان كان الاسم لاحدهما
حقيقة وللاخر مجاز لان التسوية لا تنقص شيئا من حظ الحقيقة من الامان والحقيقة
تجامع المجاز في مثل ذلك بخلاف ما اذا كانت التسوية توجب نقصان حظ الحقيقة
كما قلنا في مسئلة الوصية واعتبر ما قلنا من العمتين بالجدة مع الام فان اسم الام للوالدة
حقيقة وللجدة مجاز وقد اعتبرت التسوية بينهما في حق التحريم لانها لا تنقص من حظ
الحقيقة شيئا من الحرمة كما ذكر في شرح البزدوي للشيخ الامام العلامة عبد العزيز رحمه
الله عن مشايخنا العراقيين رحمهم الله حيث قالوا ثبتت الحرمة في الجدات بقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم ولم يعتبر التسوية في حق الارث لانها تنقص حظ الحقيقة حتى تستحق
الجدة شيئا من الارث مع وجود الام هذا كله اذا وجد العتقاء او العتيقات او اولادهم
او مواليهم واما اذا لم يوجد واحد منهم بل مات الموصي عن مولى الموالاة لا غير فيقسم
الثلث عليهم بالسوية فقول المصنف رحمه الله صونا عن اللغو تعليل
لصرف الوصية الى مولى الموالاة وقوله وترجيحا باللزوم كما في الارث تعليل لاشتراط
عدم العتقاء واولادهم ومواليهم في استحقاق موالي الموالاة وبيانه انه يقول اما
الصرف اليهم فلانهم ينسبون اليه بالولاء بحكم العقد الذي هو يتعلق عليهم لالتزامه
نصرتهم والعقل عنهم فجاز ان يدخلوا تحت الوصية تصحيحا للتصرف بقدر الامكان
وصونا له عن اللغو والبطلان واما اشتراط عدم غيرهم في استحقاقهم فلانه
اذا كان للموصي عتقاء او اولادهم او مواليهم فالثلث لهم دون موالي الموالاة قال
محمد رحمه الله استحسن ذلك وادع القياس واختلفوا في تفسيره فحكى الجصاص عن
الكرخي رحمهما الله ان القياس والاستحسان فيما اذا كان مع موالي الموالاة العتقاء ففي
القياس يكون الثلث لهم وفي الاستحسان يكون لموالي العتقاء واما اذا كان معهم عتقاء يبطل
الوصية مطلقا لاستواء الفريقين في مباشرة سبب الولاء وهو مختلف كاختلاف
السبب في الاعلى والاسفل وقال بعضهم بل القياس والاستحسان في هذه الصورة
ايضا فان القياس ان يشترك الفريقان وهو مروي عن ابي يوسف رحمه الله
في الامالي ووجهه ان السبب وان اختلف الا ان المقصود وهو زيادة الانعام
متحد في حق الفريقين بخلاف الاعلى والاسفل لاختلاف السبب والمقصود وفي الاستحسان

يكون

يكون الثلث للعتقاء ان وجدوا ولموالي العتقاء ان لم يوجدوا ترجيحا لولاء العتاقة على
ولاء الموالاة لانه اقوى واكد من حيث انه لازم لا يقبل الفسخ بوجه ما ولزومه ثابت
بالاجماع بخلاف ولاء الموالاة لانه يحتمل الفسخ قبل ان يعقل عنه وهو مختلف فيه
ولهذا ترجح ولاء العتاقة في حق الارث على ولاء الموالاة الا ترى ان مولى العتاقة مقدم
في الارث على ذوي الارحام ومولى الموالاة مؤخر عنهم وذكر هلال رحمه الله في الوقف
ان القياس ان لا يدخلوا في الوصية لانه لا يستحق اذا اجتمعوا معه مولى العتاقة
فكذا اذا انفرد وفي الاستحسان الثلث له تصحيحا لتصرف الموصي ص وان وجدوا صح
كلا من الاولين فالنصف له والنصف لوارث الموصي دون الباقين اذ المجاز لا يجبر الحقيقة
وما دون المثنى لا يفي بالجمع لا يلزم اخذ الخال ما ابقى العم في الوصية للاقارب لانهما
اجتمعا قربا وان اختلفا في القوة وهي تجد والوصية لبني زيد اجتمع بنوه وبنوهم
او انفرد ولا شيء لمدبريه والمستولدات كحال اذ الايجاب بالموت والنسبة بعد
عتق نفسه ضد معتق البعض والمعلق عتقه بعدم الفعل ولا لمعتق الاب
والابن لفقد المباشرة والتسبب ضد الماضي ولا يلزم الارث لانه بالتعصيب
دون نقل الولاء الا ترى انه لو اعتق الاب تميمي والابن اسدي كان الارث
لهما والولاء للمعتق والعقل عليه ولم يذكر العكس ولا يخفى طرد القياس في غير
الاولاد ش اعلم ان حكم المثنى في باب الوصية كحكم الجمع لما عرفت فكل حكم
عرفته في الجمع فكذا في المثنى حتى انه اذا وجد من الاولين وهم الطبقة العليا
اثنان كان الثلث كله لهم كما لو وجد منهم ثلاثة اذا عرفت هذا فنقول اذا
لم يوجد من الاولين الا مولى واحد كان نصف الثلث له والنصف الاخر لوارث
الموصي دون الباقين وهم موالي الموالي اما عدم الصرف الى موالي الموالي فلانهم مواليه
مجازا والحقيقة مرادة بلفظ الموصي فلا يبقى المجاز مرادا فامتنع تكميل الحقيقة وجبر ها
من المجاز حذرا من الجمع بينهما مرادين بلفظ واحد واما صرف النصف الى الواحد
فلان الموصي اوجب الوصية بلفظ الجمع وما دون المثنى لا يفي بمعنى الجمع لما ذكرنا والاثنان
يحرزان كل الثلث اذا وجدا فالواحد يستحق النصف فبقي النصف الاخر خاليا عن
الارث والوصية فيرد الى الورثة قوله لا يلزم اخذ الخال ما ابقى العم الى الخ مسألة

الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا اوصى بثلث ماله لاقاربه ومات عن
عم وخال وللواحد العم نصف الثلث كان النصف الباقي للخال عند ابي حنيفة رحمه الله
دون الورثة وتقرير الجواب ان يقال العم وان كان اقوى في القرابة لكونه
اقرب من الخال الا انهما اشتركا في القرب فاذا صرف النصف الى العم لترجحه
جاز صرف ما فضل عنه الى القريب الابعد وهو الخال لانه لا يودي الى الجمع
بين الحقيقة والمجاز قوله وهي تجد والوصية لبني زيد الى اخره اي ومسئلة
الوصية للموالي نظير مسئلة الوصية لابناء زيد من حيث انه ان كان لزيد بنون
وبنو بنين صرفت الوصية الى بنيه خاصة دون بني بنيه لان الاولين بنوه
حقيقة والاخرين مجازا فلا يستحقون الا ~~عليه~~ ولا يصدق في حق الموهوب
له ولا المقر له الاول فكذا هذا اصل وان صدق فدعوى الاجارة والدين بدى
بالدين اذ سبقه يلغيها بلا عكس فاشبه حرة فارنت امة وقيل تحاصا عمله
لو اقرا على تصديق دعوى الوديعة والدين معا اي وان صدق الوارث دعوى
الغريم الدين على مورثه ودعوى الموصى له بجميع المال معا بان قال صدقتما فانه
يبدا بالدين لقوته اما اذا كانا في حالة المرض فظاهر لانه لو تاخر عن الاجارة كان
احق فاذا قارن كان اولى واما اذا كان في حالة الصحة فلما ذكر المصنف رحمه الله من
ان الاقرار بالدين لو سبق الاجارة الغاها وابطلها بلا عكس اذ سبق الاجارة لا يلغي
الدين ولا يبطله ولهذا يقسم الحجر للغريم كما ذكرنا فاشبه حرة فارنت امة في النكاح
وهناك يبطل نكاح الامة دون نكاح الحرة لقوته من حيث انه سبقه على نكاح الامة
يبطله بلا عكس فكذا هنا قوله وقيل تحاصا عمله الى اخره اشارة الى ما قال بعض
المشايخ رحمهم الله من انهما يتحاصان عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لو اقر بها على
ما اذا صدق المريض او الوارث مدعي الدين والوديعة معا وهناك يقسم المال
بينهما تحاصا عنده خلافا لهما ولم يجعل مقارنة الاقرار بالوديعة مانعا من صحة
الاقرار بالدين وان كان سبق الاقرار بها مانعا صحة الاقرار به وبعضهم
فرق بان هناك الاقرار حصل بوديعة مستهلكة لعجزه عن تسليمها بسبب اقراره
بالدين والاقرار بوديعة مستهلكة اقرار بالدين من حيث المعنى فكان كل من الاقرارين

الاقرارا

لا

الا عند عدم بني الصلب وان كان له ابن واحد وبنو ابن اخر فالنصف للابن والنصف
الاخر للوارث الموصى دون بني الابن قلت وللقائل ان يقول وجب ان يصرف نصف الثلث الى
الطبقة الثانية في مسئلة الموالي والبنين لما اشار اليه المصنف رحمه الله قبل هذا في مسئلة الامان من الحقيقة والمجاز
لجاز اذا كانت التسوية بينهما لا تستقصى من خط الحقيقة سيما وفي هاتين المسئلتين كذلك لان الطبقة الثانية انما اعطوا
ما فضل عن الواحد من الطبقة العليا لم يكن عليه ضرر في ذلك قوله ولا شيء لمدبريه والمتولدات اشار الى
ان المدبر وام الولد لا يدخلان في الوصية للموالي على كل حال في ظاهر الرواية لان الوصية ايجاب عند
الموت فيتناول من ينسب الى الموصي بالولاء عند الموت ونسبة المدبر وام الولد انما تحصل بعد عتق
يعقب الموت فلم يتناولهما الايجاب لعدم النسبة فيهما عند الموت وهذا بخلاف معتق البعض لوجود
نسبته بالولاء حال الموت وكذا العبد المعلق عتقه بعدم الفعل فيما اذا قال له ان لم اضربك
فانت حر ومات قبل ضربه لانه يعتق في اخر حياته عند الياس من ضربه فلحقه اسم المولى
عند الموت اليه اشار محمد رحمه الله حيث قال لانه عتق قبل موته قوله ولا لمعتقي الاب والابن
الى اخره اي ولا شيء ايضا من الوصية لمعتقي الموصي ولا لمعتقي ابيه لانهم ليسوا مواليه حقيقة
اذ لم يباشر اعتاقهم بنفسه حقيقة ولا مجازا لانه لم يتسبب في اعتاقهم بخلاف ما تقدم
من الحكم في عتقائه ومواليهم لانه باشر الاعتاق في الاولين وتسبب في الاخرين اذ لو لم
يباشر اعتاق عبده لما تصور من عبده ان يملك عبدا ويعتقه قوله ولا يلزم الارث
الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لو لم يكن عتقاء الاب والابن مواليه لما ورثهم ولهذا
روي عن ابي يوسف رحمه الله ان موالي الاب يدخلون في الوصية لان الرجل ينسب موالي الاب الى نفسه
فصار بمنزلة مواليه وتقرير الجواب ان يقال قد تقدم ان اسم المولى لا يتناول معتق الاب والابن
لا حقيقة ولا مجازا وليس الارث مما يدل على انهم مواليه لان الارث بالتعصيب دون نقل
الولاء الى الوارث اما الاول فلقيام الوارث مقام المعتق بسبب التعصيب شرعا لقوله صلى الله
عليه وسلم الولاء للكبر فيجعل كان الوارث هو الذي اعتقه حكما في حق الارث بخلاف الوصية
لان الاستحقاق فيها بالدخول تحت اسم المولى حقيقة او مجازا ولم يوجد واما الثاني فلانه لو اشترى
رجل من بني تميم عبدا فاعتقه واشترى رجل من بني اسد ابن ذلك العبد فاعتقه ثم اشترى
كل واحد من الاب والابن عبيدا واعتقهم فان الارث يكون لهما حتى لو مات الابن مثلا ثم
مات عتقاؤه بعده كان ميراثهم للاب وهو مولى التميمي وان كان ولاؤهم لبني اسد حتى كان عقل

جنايتهم على بني اسد ولهذا لو مات الاب اولا ثم مات عتقاؤه كان ارثهم للابن دل ان الارث انما هو بحكم
التعصيب لا بحكم انتقال الولاء اذ الولاء لا يورث هذا كله هو الكلام على ما اذا مات الموصي عن المولى الاسفل
دون الاعلى واما اذا مات عن المولى الاعلى دون الاسفل وهو العكس المشار اليه بقول المصنف رحمه الله
ولم يذكروا العكس اي ولم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب ما اذا مات الموصي عن المولى الاعلى دون الاسفل ولا
يخفى على المتامل طرد القياس الذي ذكرناه في المولى الاسفل بالنسبة الى المولى الاعلى وبيانه ان يقول
تكون الوصية لمعتقيه لتعين المولى المنسوب هو اليه مرادا عند عدم المولى الاسفل دون اولادهم
لما اشرنا اليه قبل هذا في مسالة التميمي والاسدي من ان ولد المعتق ليس مولى حقيقة ولا مجازا
فان لم يوجد احد من المعتقين كان الثلث لمعتقهم فان لم يوجد احد من الصنفين كان لموالي الموالاة
وان وجد واحد من الاولين وهم المعتقون مثلا فالنصف له والنصف لوارث الموصي دون الباقين
على ما ذكرنا **ص** كذا الوصية لموالي بني تميم ان لحصوا وعتقا العتقا كالعتقا تجوزا
عن معنى يعم النسبتين معتقا مولى الموالاة لعموم المنسوب اليه لا جمعا لهم كما في وضع القدم
س اي وكذا تجوز الوصية اذا اوصى لموالي بني تميم وهم لا يحصون ويكون الثلث لعتقا
بني تميم واولادهم لما ذكرنا لكن ههنا عتقا العتقا بمنزلة العتقا في استحقاق الوصية مع الاولين
لان لفظ الموالي صار مجازا عن معنى يعم النسبة الى بني تميم بواسطة وغير واسطة
كانه قال اوصيت بثلث مالي لمن ينتسب الى قبيلة تميم بالولا قوله معتقا منصوب
على الحال من الضمير في يعم العائد على معنى فالتقدير تجوزا عن معنى يعم النسبتين حال
كون ذلك المعنى موجبا لتاخر مولى الموالاة عن عتقا العتقا قوله لعموم المنسوب
اليه لا جمعا بينهما اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال العتقا مواليهم حقيقة
وعتقاؤهم مواليهم مجازا والجمع بين الحقيقة والمجاز مرادين بلفظ واحد لا يجوز وتقرير الجواب
وهو الفرق ان يقال العموم ثابت باعتبار المنسوب اليه وهو القبيلة دون المنسوبين اليه
بالبنوة والولا فانه اذا ذكر يراد به القبيلة لا نفسه الا ترى انه يقال حاربنا تميم وقيس
وكنانة والمراد قبائلهم واذا كان كذلك فمن حيث ان المنسوب اليه عام يدخل العتقا وعتقاؤهم
كانه قال اوصيت لمن ينتسب الى قبيلة تميم بالولا فيتناول الكل بعمومه لا للجمع بين الحقيقة
والمجاز كما في وضع القدم لما صار مجازا عن مطلق الدخول في يمين الحالف حنث به سواء دخل راكبا
ام ماشيا حافيا كان ام منتعلا لاعمالا لعموم المجاز لا جمعا بينهما ومن حيث ان المنسوب وهو الموالي

خاص لا يدخل مولى الموالاة لان ولاه اضعف من ولا العتاقة كما قررناه من قبل والاضعف
لا يزاحم الاقوى **ص** وان اوصى لاياماهم او لثيبهم او لابكارهم فان احصين قسمت على الكل
وفتح حرف اللام والثيب الموطوءة والبكر ضدها والاطلاق يعم ذاهب العذرة بظفرة وعنس وزنا
وارادة المشترى بشرط البكارة لاقتضاء الشرط سلامة الجلدة اعتبارا بالصفات وقيل يخص
زنا لم يظهر تعزيرها على التزويج والايم موطوءة لا زوج لها وقيل عدم الزوج والاول اثبت اذ
قابله صلى الله عليه وسلم بالبكر في حديث الاذن وان لم يحصوا بطلت اذ الكل مجهول والبعض
مجهول والاسم لا ينبئ عن الحاجة ليخلص الاكتاب لله تعالى **س** رجل اوصى بثلث ماله
لايامى بني تميم او قال لثيب بني تميم او قال لابكار بني تميم فان احصين فالوصية جائزة
لانه اضافها الى المعين بلام التمليك فوقعت لاعيانهن عملا بمقتضى حرف التمليك وقسم
الثلث على الكل بالسوية بينهن ثم الثيب كل امراة وطئت بحلال او حرام سواء كان لها زوج ام لم
يكن مشتق من الثياب وهي العود في الفعل يقال ثاب اي رجع وفي الصحاح المثابة الموضع الذي
يثاب اليه اي يرجع اليه مرة بعد اخرى ومنه قوله تعالى واذ جعلنا البيت مثابة للناس
واما شرط محمد رحمه الله الايوبة في هذا الاسم وهو امام مقلد فيما نقله من اللغة ولهذا احتج
ابو عبيد رحمه الله بقوله في مواضع من غريب الحديث قال في التحرير والنقل يكون بان نصا وتارة
يكون باستعمال اللفظ في ذلك المسمى على الاطراد بحيث لا ينفى عنه بحال اما اذا كان ينفى عنه
بحال يعلم انه مجاز فلا يحمل عليه الا عند التعذر انتهى كلامه واطلاق الثيب على الذكر في حديث الثيب
بالثيب رجم بالحجارة لا يستلزم كونه حقيقة فيه لاحتمال الاستعمال بطريق المقابلة للمراة مجازا كما
في قوله تعالى ومكروا ومكر الله وكذا الكلام في البكر بالبكر واما قول الجوهري رحمه الله رجل ثيب
وامراة ثيب الذكر والانثى فيه سواء فمعارض بما حكاه الصغاني رحمه الله في مجمع البحرين عن الليث
انه لا يقال للرجل ثيب الا ان يقال ولد الثيبين انتهى كلامه واما البكر فهي ضد الثيب اي التي لم
توطا بنكاح ولا سفاح سواء كان لها زوج ام لم يكن بالعقد كانت ام لم تكن لانه اسم لكل امراة تكون
مصيبا اول مصيب لها لان الاسم ينبئ عنه ولهذا يسمى اول الفاكهة باكورة وفي الحديث من بكر
وابتكر قال الجوهري رحمه الله بكر اسرع وابتكر ادرك الخطبة من اولها انتهى كلامه قوله والاطلاق
يعم ذاهب العذرة بظفرة وعنس وزنا واطلاق القول بان الثيب هي التي وطئت يعم التي
ذهبت عذرتها بالوثبة والظفرة بالطاء المهملة المفتوحة والفاء الساكنة الوثبة والمراد بالعنس

طول المكث في منزل اهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار وراداً في قول المصنف رحمه الله
رادّاً ردا المشترك منصوب على انه حال من الضمير المستتر في لحم العايد على الاطلاق والتقدير نحمل الحرج المكونه
ورادّاً لما يرد من الاشكال ساعلى مسحق الرد للمشتري اذا اشترى جارية بشرط البكارة فوجدها
ذاهبة العذرة ولو بوثبة او بحيض وهو جواب عن الاشكال المذكور وتقرير الاشكال ان يقال لو كانت
بكرا لما ثبت للمشتري حق الرد واذا كانت ثيبا وجب ان يدخل في الوصية للثيبات دون الابكار وليس
ما ذكرتم وتقرير الجواب ان يقال قد بينا ان البكر هي التي مصيبها اول مصيب لها وهذه المراة بهذه
الصفة وانما يثبت للمشتري حق الرد بالعيب لاقتضا اشتراط البايع البكارة سلامة حالة العذرة والله
الحلالة صفة من صفات المبيع فاذا ظهر انها لم تكن وجب له حق الرد كما ثبت له بفوات غيرها من الصفات
وهنا حكم الوصية تعلق بالاسم وهو باق فافترقا قوله وقيل بحضر زنا لم تظهر تفريعا على
التزويج اشارة الى ما قال بعض مشايخنا رحمهم الله من ان على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان
المراة اذا ذهبت عذرتها بزنا لم يشتهر بكر ولهذا يكتفي بسكوتها عند الاستيذان في
تزويجها فوجب ان يدخل عنده في الوصية للابكار دون الثيبات وهذا الخلاف ما
اذا ظهر زناها شرعا بان وطيت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهر الفعل عليها
حيث الزم المهر لها والعدة عليها واثبت نسب ولدها من واطيها او حسا بان خرجت واقيم
عليها الحد او كانت ممن اعتاد الزنا ولهذا لا يكتفي بسكوتها في التزويج الا ان الصحيح انها تثبت
لما ذكرنا اذ لا اختصاص لمعنى المماسة بالحل والحرمة وانما يكتفي بسكوتها في التزويج عند ابي حنيفة
رحمه الله لان الشرع وضع النطق عن الابكار لا لعين البكارة بل لمعنى الحيا والحيا موجود فيها لا انها
ليست ثيبا حقيقة واما الايم فهي المراة التي وطيت ولا زوج لها سوا وطيت بحلال ام بحرام
وقيل الايم والوطي ليسا بشرط رواه الكرخي رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله وكذا قال ابو القاسم
الصفار البلخي رحمه الله الا ترى الى قول الشاعر فان تنكحي انكح وان تتايمي مدا الدهر ما لم تنكحي اتايم
الا ان الاول اثبت لان محمدا رحمه الله وصاحب العين رحمه الله فسراه كذلك وهما امامان في اللغة ودل عليه
انه صلى الله عليه وسلم قابل الايم بالبكر في حديث الاذن حيث قال صلى الله عليه وسلم الايم احق
بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها عطف احديهما على الاخرى وفصل بينهما
في الحكم وكل من العطف والفصل في الحكم دليل على المغايرة بينهما واما الرجل فيسمى عزبا والاصل اختصاص
الاسامي بالمسميات دفعا للاشتراك واستعمال الاسم في المراة من غير علامة التانيث دليل اختصاص

الاسم بها والاستعمال في الرجل والبكر بطريق المقابلة مجازا وقيل الموطوءة بالفجور لا يدخل في الوصية
للايامى عند ابي حنيفة رحمه الله لانها بكر حكما عنده لا ايم والصحيح انها ايم وانما تزوج كما تزوج الابكار
لمعنى الحيا على ما ذكرنا هذا كله اذا كان الموصى لهن من هذه الاصناف الثلاثة يحصين واما اذا
لم يحصين بطلت الوصية لانها تعذر تصحيحها باعتبار الصلة لان الصرف الى الكل متعذر عنه
وما دون الكل وهو البعض ليس له حد معلوم اذ ليس بعض اولى من بعض فكان مجهولا فتعذر التمليك
وتعذر ايضا باعتبار القربة لان اسم الايم والثيب والبكر لا ينبئ عن الحاجة ليخلص ايجاب الوصية
لله تعالى كما في الوصية للفقرا والايتام وجب ان تجعل وصيته بالصدقة تصحيحا للتصرف
لانا نقول ليس في الايم ما ينبئ عن الحاجة لغة فلو جعلناه صدقة كان تغييرا لما اوجبه
من التصرف لا تصحيحا له **ص** وان اوصى لارامل بني فلان وايتامهم فان احصوا قسمت على
الكل وان لم يحصوا اعطى الوصي من شا منهم لان الارامل في اللغة من مات زوجها ويروى بلا
قيد الابوين واليتيم عديم الاب ما لم يبلغ فاعتبر صلة فيما يحصى والتفويض الى القاضي اشبه
من التقدير بما دون مائة او اربعمائة كما في الوقف والشفعة صدقة فيما لا يحصى لاشعاره بالحاجة كما في
الزمنى والعميان وجاز الصرف الى الفرد بشرط الفقر الحاقا بالجنس كيلا يبطله الجهل والنذر والزكاة
ردا على محمد رحمه الله شرطه المثنى ويدخل الموالي حتى الموالاة والحليف والعديد تجوزا بالنعمة
عن الناصر للعموم المطلق ضد ما يحصى **ش** رجل اوصى بثلث ماله لارامل بني فلان او
لايتام بني فلان فان احصوا قسم الثلث على الكل بالسوية وان لم يحصوا فللوصي ان يعطي من شا منهم
والافضل ان يعطي من يقدر عليه منهم والارامل اسم لامراة بالغة عدمت زوجها قوله
ويروى بلا قيد الابوين اشارة الى ما حكي عن الشعبي رحمه الله وعن ان الابوين ليست بشرط بل
يطلق الارامل على الذكور والانثى ومنه قول الحطيئة هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر
لذا في الصحاح قال الصغاني رحمه الله والبيت الذي نسبه الجوهري للحطيئة ليس له وانما هو لجرير
على ان البيت غير منسوب في بعض النسخ والصحيح ما قاله محمد رحمه الله وحكى الهاشمي رحمه الله عن
صاحب العين يقال امراة ارملة ولا يقال رجل ارمل الا في مليح الشعر وقال ابن الانباري
لا يقال رجل ارمل الا في الشذوذ وقال الهاشمي رحمه الله الا ترى انه لو اوصى لغلمان بني فلان لا يتناول
الاناث وان كانت المراة الشابة تسمى غلامة وكذا اذا اوصى لشيوخ بني فلان لا يدخل فيه العجايز من النسا
وان كانت تسمى شيخة على الشذوذ قال الشاعر وتضحك مني شيخة عبشمية كان لم ترى قبلي اسيرا يمانيا

واما اليتيم فهو عديم الاب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس بيتيم لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ولو
كان الاسم حقيقة بعد البلوغ لما صح نفيه واذا كان كذلك تعتبر الوصية صلة ان كانوا يحصون وتعتبر
صدقة ان كانوا لا يحصون اما الاول فلان الوصية وقعت لاعيانهم والوصي قادر على الاحاطة بهم والصرف
اليهم فامكن تنفيذ الوصية قوله والتفويض اي وتفويض حد الاحصا الى راي القاضي اشبه من
تقديرابي يوسف رحمه الله بما دون مائة حيث قال حد ما لا يحصى مائة ومن تقدير بعضهم ما دونه
اربعمائة حيث قال حد ما لا يحصى اربعمائة قال في التحرير والاصح انه موكول الى راي القاضي كما
في الوصية والوقف والشفعة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله وهو الاليق بمذهب ابي حنيفة
رحمه الله وقال في خبر مطلوب كما هو اصل ابي حنيفة رحمه الله قال السغناقي رحمه الله في شرح
الهداية وعليه الفتوى واما الثاني فالقياس ان تكون الوصية باطلة لان اسم الارمل واليتيم لا ينبي عن
الحاجة لانه يتناول الغني والفقير فكان كما لو اوصى لبني فلان وهم لا يحصون وهناك لا يجوز
فكذا هنا وفي الاستحسان تصح الوصية وتصرف الى الفقراء منهم لان الاسم وان كان لا ينبي عن الحاجة
لكن الحال مشعر بالحاجة لان الارمل مشتق من ارمل القوم اذا فني زادهم ومن فني زاده كان محتاجا
قلت ويدل عليه ما ذكره الصغاني رحمه الله في مجمع البحرين قال ابن دريد لا يقال للمراة التي لا زوج
لها وهي موسرة ارمل انتهى كلامه وكذا اليتيم يشعر بالحاجة لان اليتيم عبارة عن الانفراد عن الاب
حال حاجته الى من يقوم بمصالحه وتربيته ولهذا جعله الله تعالى بهذا الاسم من مصارف خمس
الغنيمة واذا كان كذلك فقد امكن تصحيح الوصية باعتبار الصدقة فوجب التصحيح حملا لتصرف
العاقل على الفايدة وصار كما لو اوصى لزمنى بني فلان او لعميانهم من حيث ان الاسم وان كان لا ينبي
عن الحاجة لكن الحال يشعر بها فجاز الصرف اليهم تصحيحا للوصية قوله وجاز الصرف الى الفرد
الخ اشارة الى ان في الوصية للارامل والايتام والزمنى والعميان اذا لم يحصوا يجوز للوصي
ان يصرف الثلث كله الى الواحد بشرط ان يكون فقيرا لما ذكرنا ان الجمع المعرف بالجنس
كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد اذ لولا الحاقه بالجنس في مسئلتنا لبطلت الوصية
بجهالة الموصى لهم واذا كان الجنس سقط اعتبار معنى الجمع واسم الجمع يقع على الادنى مع احتمال الكل
فعند الاطلاق ينصرف الى الادنى وهو الفرد الواحد لتعذر الصرف الى الكل وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجب صرف الثلث الى الاثنين فصاعدا
حتى لو صرفه الوصي الى الواحد ضمن نصف الثلث او سدسه كذا ذكره شمس الايمة الحلواني رحمه الله

قوله

قوله والنذر والزكاة ردا على محمد رحمه الله شرطه المثنى اشارة الى الجواب عما اشترطه
محمد رحمه الله من الصرف الى المثنى مستندا الى انه اوجب الوصية بلفظ الجمع واقل الجمع في الوصية
اثنان لانها اخت الميراث وتقرير الجواب ان تعال الوصية للفقرا ايجاب التصدق على نفسه
مكان كالنذر وايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وفي ايجاب الله تعالى الزكاة للفقرا يكتفى
بالصرف الى الفقير الواحد اعتبارا للجنس فكذا في ايجاب العبد قوله ويدخل الموالي
حتى الموالاة والحليف والعديد الى اخره اي ويدخل في الوصية لكل من هولا الاصناف الاربعة
موالي العتاقة واولادهم ومواليهم وموالي الموالاة والحليف وهو الذي يحالف القبيلة على متناصرتهم
والعديد وهو الذي يلتحق بهم من غير حلف اذا كانوا فقرا لان النسبة الى بني فلان اذا كانوا لا يحصون
مجاز عن التناصر للعموم المطلق وهو الناس باعتبار الاصل وهو ابو القبيلة وباعتبار المنسوبين
اليه بالبنوة فدخل الكل تحت الوصية عملا بالعموم المطلق الا ترى ان مولى العتاقة يقول انا من
بني تميم وكذا يقال للحليف او العديد هذا من بني تميم وفي الحديث مولى القوم منهم وحليفهم منهم
وعديدهم منهم وهذا بخلاف ما اذا كانوا يحصون لان العموم حينيذ ثابت باعتبار ابي القبيلة
دون المنسوبين اليه بالبنوة على ما قررنا قبل هذا والله اعلم بالصواب

باب الوصية بالخدمة والغلة

لو مات عن عبد موصى بخدمته لزيد عاما ولعمرو عامين خدم زيدا يوما وعمروا يومين الى
ثلاث سنين ان اجاز الوارث والا تزاحما بالضعف الى تسع لان تمليك المنفعة كالبيد والملك
تاعتبر من الثلث كالتاجيل وفي النهاية معنى لا يتوارث اذا اجبر عليه ابي العتيبه منقوصا بها دون
الموت وترك التوفيت فقصرت منه مثله الربا في القابل مسـ رجل مات عن عبد وقد اوصى
بخدمته لزيد عاما ولعمرو عامين ولا مال له غيره امر يخدمه زيد يوما ويخدمه عمرو يومين
الى ثلاث سنين ان اجاز الوارث الوصيتين وان لم يجز تزاحم الموصى لهما بمقدار حقه وهو الثلثان
فيكون له ستة ايام فصار المجموع تسعة ايام فتنتهي الوصية في تسع سنين وبيانه ان تجعل الخدمة
على ثلاثة لحاجتنا الى الثلث بيوم من ذلك للموصى لهما فيقسم بينهما على مقدار حقهما اثلاثا لان
حق احدهما ضعف حق الاخر وقسمة يوم واحد على ثلاثة لا يستقيم لانكساره بالاثلاث فضربنا
مخرج الثلث وهو ثلاثة في اصل الفريضة وذلك ثلاثة فصار تسعة للموصى لهما ثلاثة بينهما وللورثة

سنة فاستغراق الثلث والثلثان فان تنازعوا في البداية كان للقاضي ان يبدا بمن شاء منهم كما في
قسمة العين لانه من ضرورة ايفاء الحقوق لكن المستحب ان يقرع بينهم نفيا للتهمة عنه وتطييبا لقلوبهم
والاصل فيه انه صلى الله عليه وسلم كان يقرع بين نسائه اذا اراد سفرا فتخرج معه من وقعت القرعة
لها اما اعتبار الوصية من الثلث فلان المنفعة وان لم تمنع ملك الوارث في الرقبة الا ان تمليك المنفعة
كلا يستلزم وجوب تسليم العبد الى الموصى له بالخدمة وكلا ايضا يمكنه من التصرف فيه ببيع او اجارة او
رهن او استخدام الى ان يمضي مدة الوصية والوارث ممنوع عن ازالة حق الوارث عن العين فيما زاد على الثلث فكذا
في المنفعة اذ زوال المنفعة كزوال العين لان المقصود من الاعيان المنافع ولهذا اعتبرنا في الوصية
قيمة الرقبة لمنفعة اياها بالوصية الا ترى ان المريض كما لا يملك ابراء الغريم عن الدين فيما عدا
الثلث لحق الوارث في عينه لا يملك ايضا تاجيله فيما عدا الثلث لحقه في ملك اليد والتمكن
من التصرف فيه حين انتقال الملك اليه كما في العين واما التهايؤ وهو قسمة المنفعة فالقياس
ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك
بملكه في نوبته ومبادلة المنفعة بجنسها باطلة فانه من ربوا النسيئة فصار كاجارة السكنى
بالسكنى والزراعة وفي الاستحسان يجوز لما اشار اليه المصنف رحمه الله من ان التهايؤ ليس مبادلة من كل
وجه بل هو مبادلة من وجه وافراز لعين حقه من وجه اما كونه افرازا فلان قسمة الجنس الواحد
في الاعيان افراز من وجه فكذا قسمة المنافع ولهذا لو طلب احد الشريكين التهايؤ فامتنع الاخر ولم يطلب
قسمة العين يجبر القاضي عليه اعتبارا لطلب التهايؤ في المنفعة بطلب قسمة العين قوله منقوضا منصوب
على انه حال من الضمير المجرور العائد على التهايؤ في التقدير وفي التهايؤ معنى الافراز بدليل اجبار القاضي عليه
حال كونه منقوضا بالقسمة لو طلبها احد الشريكين بعد التهايؤ ولا ينقض بموت احدهما ولا بموتهما
ولا يبطله ايضا ترك توقيته بمدة اما الاول فلان الاصل هو تمييز الملك بقسمة العين والتهايؤ
خلف عن القسمة ولهذا لا يصار اليه عند طلب القسمة واما الثاني فلانه لو انتقض بالموت لاحتاج
الحاكم الى اعادته بطلب الحي منهما او بطلب وارث الميت فلا فائدة في القول ببطلان شيء يحتاج الى
اعادته في الحال واما الثالث فلان التهايؤ قسمة المنفعة وهي معتبرة بقسمة العين وقسمة العين
تجوز من غير توقيت اصلا فكذلك قسمة المنفعة واذا كان كذلك قصرت الشبهة عن تاثير حرمة النسا
في التهايؤ فان النسا وان حرم بشبهة العلة وهو القدر او الجنس لكونه شبهة الفضل الا ان شرطه
المبادلة من كل وجه واشار في الوصية الى تعليل اخر وهو ان القياس ان لا يحرم النسا باحد الوصفين

لان

لان العين مع القدر الذي هو الكيل او الوزن الجودة منه والجودة لا تحرم عند وجود الوصفين فلان لا يكون
محرمة عند وجود احدهما اولى لكن الحرمة ثبتت بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص
والنص ورد في المبادلة من كل وجه والتهايؤ افراز من وجه واعلم ان تقييد المصنف رحمه الله الاجبار
على التهايؤ بعدم اباء الشريك القسمة في قوله اذا اجبر عليه اي في القسمة ليس بحتم بل الشرط في الاجبار
على التهايؤ انما هو عدم طلب الشريك القسمة عندما يطلب التهايؤ منه وعدم طلب القسمة اعم
من اباء القسمة لما عرف من ان الاباء فعل يستلزم الامتناع عن طلب الفعل منه واذا كان
كذلك فلا يتصور الجبر على التهايؤ عند اباء الشريك القسمة الا اذا اعرض طالب القسمة عن طلبها
الى طلب التهايؤ فحينئذ الشريك ايضا لا يصير ابيا عنهما والجبر غير مقصور على هذه الصورة بل يتحقق
الجبر ايضا على التهايؤ اذا طلب الشريك التهايؤ ابتداء وامتنع شريكه عن التهايؤ ولم يطلب القسمة
كما ذكرنا ثم الموصى له بالخدمة لا يملك اجارة العبد لانه ملك المنفعة بغير عوض فكان كالمستعير
بخلاف المصالح من دعواه على خدمة عبد يجوز له ان يواجر العبد لان الصلح مبني على زعم
المدعي وفي زعمه انه ملك خدمته بعقد المعاوضة فكان كالمستاجر وكذا ليس للموصى له بالخدمة
ان يخرج العبد من البلد في نوبته الا اذا خرج العبد من الثلث او اجاز الوارث ص وان سمى
لزيد عاما بعينه ولعمرو ذلك وما يليه فثلث الاول بينهما سوا وثلث الثاني لعمرو والثلثان
للوارث الا ان يجيز فيكون كالثلث توزيعا للعين بقدر حقوق حصتها كما في الارث والدين ضد
الاول اذ لا نصا يبقى في التركة والتعيين بما يلي الايجاب [illegible] بدليل المعروف لا يصح عكس الحال
الا ترى منهما لو غابا او ابق العبد في الوقت بطلت في العين لا في غيره كما لو لم يحمل الكرم الموصى بغلته
ش اي وان سمى الموصي لزيد عاما بعينه ولعمرو ذلك العام والعام الذي يليه فثلث
العام الاول بين الموصى لهما بالسوية وثلثاه للوارث فيخدم العبد كل موصى له يوما ويخدم الوارث
اربعة ايام وثلث العام الثاني لعمرو خاصة وثلثاه للوارث فيخدم عمروا يوما ويخدم الوارث
يومين وهذا اذا لم يجز الوارث واما اذا اجاز فيكون حكم كل العبد في الاشتراك في خدمته والا ختصاص
بها كحكم الثلث عند عدم الاجازة فتكون كل خدمة العبد في العام الاول بين زيد وعمرو بالسوية
وفي العام الثاني لعمرو خاصة توزيعا للمدة المعينة للخدمة على قدر الحقوق التي خصتها
عند النصف يبقى عن الكل وقد اجتمع عند عدم الاجازة في العام الاول وصيتان لعمرو الوقت فيكون
الثلث بينهما على سهمين فيصير حق الوارث اربعة وفي العام الثاني وصية واحدة فيكون لعمرو سهم وللوارث

سهمان فصار نظير مسئلتنا ما اذا ازدحمت الفروض الموجبة للعول في الارث نحو النصف والنصف والثلث
كما لو ماتت امرأة وتركت زوجا واما واختا لاب وكما اذا ازدحمت الديون الكبيرة في التركة اليسيرة
وهذا خلاف الاول وهو ما اذا لم يعين الوقت الموصى بالخدمة فيه لان مدة الخدمة ممكن ولا تضايق
في المكان فالحاجة الى التوزيع لم تضرب كل واحد بجميع حقه في الثلث وحق احدهما ضعف حق الاخر فيكون
الثلث بينهما اثلاثا كما ذكرنا قوله والتقييد بما يلي الايجاب مفيد الى آخره اشار الى جواب سؤال مقدر
وتقريره ان يقال وجب ان يتقيد الوصية اذا اطلق العام بما يلي موت الموصي لانه حال الايجاب في الوصية
كما في الاجارة وههنا يتعين المدة التي تلي الاجارة فكذا هنا وتقرير الجواب ان يقال تقييد المذكور بما يلي الا
الوصية مفيد لحق كل واحد من الموصى لهما اذ لا يصل كل منهما حينئذ الى تمام وصيته بدليل
ما قدمناه في تقييد الوصية بالوقت المعروف وليس التقييد بما يلي الايجاب بمصحح للوصية اذ
لا يشترط في صحتها تعريف الوقت الموصى بالخدمة فيه ولهذا لو قال اوصيت لك بخدمة
هذا العبد سنة من السنين جاز ويكون البيان الى الوارث وهذا عكس حكم الاجارة لان التقييد فيه
بالمدة التي تلي الايجاب مصحح للايجاب لا مفيد اما الثاني فظاهر واما الاول فلانه لو لم يقيد بما يلي
الايجاب لصار كأنه قال اجرتك هذا العبد شهرا من الشهور وذلك مفسد للعقد فكان المصحح هو التقييد
بما يلي الايجاب صونا لتصرف العاقل عن الفساد الا ترى ان الموصى لهما بالخدمة لو غابا قبل المدة
ثم حضرا او ابق العبد قبل المدة ثم حضر بطلت الوصية ان كانت مدة الغيبة هي الوقت الذي عينه
الموصي للخدمة وكما تبطل وصيتهما بالغيبة والاباق في الوقت المعين للوصية فكذا وصية احدهما
اذا كانت الغيبة منه خاصة او كان اباق العبد في وقت وصيته خاصة واما اذا كانت
من الغيبة غير الوقت الذي عينه الموصي للخدمة فلا تبطل الوصية بل يجب تنفيذها بعد
فوات الوقت الذي اضيفت الوصية اليه ونظير هذه المسألة ما اذا اوصى بغلة كرمه للمساكين
ثلاث سنين ومات ولم يحمل الكرم في ثلاث سنين من حيث انه ان كان عين السنين التي تلي
موته بطلت الوصية وان لم يعين لا تبطل وتصرف غلة الكرم في ثلاث سنين للمساكين
والنزل الريع وهو النماء والزيادة ذكره في الصحاح ص وفي الوصية بالسكنى يسكن الوارث
ثلثيها ان لم تجز وزيد سدسها عاما وعمرو سدسها فيه وثلثها في الثاني بكرام لا كيلا يزداد
حجر الوارث بالتهايؤ زمانا مع امكان القسمة بعد الاولى سيما وقد عم الحجر قسطه في رأي ويقسم الثمر
والغلة في الوصية بهما كذلك ولا يستغل الموصى له بالسكنى كالمستعير والموقوف عليه الا لحاجة الترميم

ولا تسكن

ولا يسكن الموصى له بالغلة في رأي كيلا يتضرر الميت بذهاب المنفعة مجانا والظهور بين
رجل مات عن دار فقد اوصى لزيد بسكناها عاما ولعمرو بسكناها عامين ولا مال له غيرها ولم يجز الوارث
الوصية قسمت الدار على قدر حقوقهم فيسكن الوارث ثلثيها ويسكن زيد سدسها في العام الاول
واما عمرو فيسكن سدسها في العام الاول وثلثها في العام الثاني سواء كان الموصي ذكر الوقت الذي اضاف
اليه الوصية ام عرفه وانما قلنا بقسمة عين الدار ههنا دون التهايؤ في سكنى جميع الدار وان كان الوقت
الذي اضيف اليه الوصية منكرا لان في التهايؤ زيادة حجر الوارث عن العين من حيث الزمان
مع امكان الاصل وهو القسمة وبيانه ان نقول فيما ذكرنا من قسمة عين الدار يكون الوارث
محجورا عن التصرف في قسط الوصية مع تمكنه من الانتفاع بقسطه منها في كل الازمنة
وفي القول بالتهايؤ يكون محجورا عن التصرف في ثلثيها في مدة الوصية فكان فيه زيادة حجر الوارث
عن السكنى من حيث الزمان قوله سيما وقد عم الحجر قسطه في رأي اشارة الى محذور آخر يترتب السكنى
على العدول عن الاصل وهو القسمة مع امكانها الى الخلف وهو التهايؤ في رأي يروى عن ابي يوسف
رحمه الله وهو انه في القسمة يتمكن الوارث من بيع نصيبه وان كان ظاهر الرواية بخلافه
وفي التهايؤ حجر عن التصرف في قسطه من الرقبة بالبيع ومن المنفعة بالسكنى فيعم الحجر قسط الوارث
رقبة ومنفعة على هذه الرواية فلا يصار اليه وهذا لان الحقوق اذا اجتمعت لا يجوز تقديم
بعضها على بعض الا لضرورة ولا ضرورة لامكان قسمة الدار بخلاف المسألة الاولى لعدم امكان
قسمة العبد فيصير الى الخلف وهو التهايؤ حتى لو كانت الدار صغيرة لا تحتمل القسمة كانت كالعبد
واما اذا اجاز الوارث فيقسم الدار في العام الاول بين الموصى لهما نصفين وفي العام الثاني كلها لعمرو
وقول المصنف رحمه الله سيما الى آخر كلامه لما قد تقدم الكلام عليه في الابواب المتقدمة قوله
ويقسم الثمر والغلة الى آخره اشارة الى ان الموصي بدا اذا كان له نخيل او غلة دار او عبد واوصى بها
بغلتها كان الحكم في ذلك كالحكم في الوصية بالسكنى من حيث انه يكون للوارث الثلثان ولزيد السدس
في العام الاول ولعمرو سدس فيه وثلث في العام الثاني لان الوصية بالثمر والغلة وصية بالعين
لا بالمنفعة فيجب القسمة دون التهايؤ قوله ولا يستغل الموصى له بالسكنى الى آخره اشارة الى انه لا يجوز
للموصى له بالسكنى ان يستغل الدار بالاجارة لانه وان ملك الانتفاع لكن يملكه بغير بدل فصار كالمستعير
وكالموقوف عليه من حيث انه ليس لهما الاجارة الا لحاجة الترميم ما خوب وظاهر قول المصنف
رحمه الله يقتضي ان يكون للموصى له ان يؤجر الدار اذا احتيج الى الترميم والمذكور في الهداية وغيرها

ان الموقوف عليه السكنى اذا امتنع من الترميم او كان فقيرا كان للحاكم ان يواجرها ويعمرها باجرتها فاذا عمرها
يردها الى من له السكنى ونص على ان من له السكنى لا تصح اجارته لانه غير مالك قوله ولا يسكن الموصى له
بالغلة الى اخره اعلم ان محمدا رحمه الله لم يذكر هذا في الكتاب ولختلف المشايخ رحمهم الله فيه فقال الفقيه ابو بكر
الاسكاف رحمه الله له ذلك لان غنى انما يسكن لاجله وبادنه وقال الفقيه ابو بكر الاعمش
رحمه الله ليس له ذلك لانه لو سكن بنفسه لسكن لغير عقد فتذهب المنفعة مجانا بغير عوض وفيه
ضرر على الميت بتقدير ان يظهر عليه دين بخلاف ما اذا اجرها واخذ غلتها وظهر دين الميت حيث
يقضى دينه من تلك الغلة وهذا القول هو الاصح وهو المشار اليه لقول المصنف رحمه الله
في رايه ولعلم انه سلو هذا الكتاب في ترتيب الجامع باب الوصية برجع في بعضها بعال المصنف
رحمه الله بعض مسايله الى باب ما يكون رجوعا او لا والبعض الى باب الوصية يكون رجوعا او لا والله اعلم

ص باب الوصية بالنفقة

س اعلم ان هذا الباب مشتمل على مسايل الباب الحادي عشر من ابواب الوصايا في ترتيب الوجيز
والتحرير ونقلها المصنف رحمه الله الى هذا للمناسبة ص وهي مرسلة وصية بالكل باتي على بطول عمر
او فوت بعض فاذا اوصى لزيد بالثلث واوصى بان ينفق على عمرو كل شهر خمسة ما عاش او يعطى فالقسمة
عندهما عولية لشيوع الحقوق جملة كما في الوصية بالثلث وما دونه والمحاباة واختيها والدفع بالعين
والنفس ولزيد ربع الكل ان اجاز الوارث وربع الثلث ان لم يجز وعنده نزاعية تفريعا على الدعوى اذ
بدا السبب والمال لا العين عكس العول والدين كما في شرا الكل والبعض والطرف العكس الجواب
في قسمة الثمن او بدل المدبرين ذي الخطا وشريكه عافي العمد وقسمة ثمن المادون بين الداينين ادلحق
لم سد الى المال عنده ولم يسع جملة عندهما ولزيد سدس بخصصا النزاع بالثلث وقيل ربع عند
الاجازة تعيينا لشيوعها باعتبار المنازعة في سهم بعضه توزيع الثلث ونصف الغير من الفضل لا يبقى
دونه ضد المحاباة واختيها والبيع والعتق باق والوصية بالمرسل ضد المعين لم يسق حق الوارث ونوقف
الباقي لنفقة عمرو ويرد ابنه مما انفق الى زيد ما نقص لزحام اذ الحكم لا يبطل اسبابا بالجمع كما في ابن الحد
المر ما صد الشرا والشفعة وباقيه الى الوارث وفائدة التوقيف بخلاف ما لو اوصى ان يحج عنه او يعتق
او يضحي او يتصدق في كل عام بما بدا اذ الوقف لا يفيد العود فتحبك ش اعلم بان الوصية بالنفقة
لشخص في كل يوم كذا ما عاش اذا كانت مرسلة غير مقيدة بالثلث وصية بكل المال وعن ابي يوسف

رحمه الله

رحمه الله انه توقف من المال نفقة ربما يعلم ان مثله يعيش اليه في الغالب ويرد الباقي الى الورثة
ويعتبر في ذلك حال اقرانه في العادة كما في المفقود قال في التحرير وهذا اشبه بالاحسان الا انا
نقول ربما تاتي النفقة على المال كله اما بطول عمر الموصى له واما بهلاك بعض المال اذا عرفت هذا
فنقول اذا اوصى لزيد بثلث ماله واوصى بان ينفق على عمرو في كل شهر خمسة دراهم ما عاش واوصى
بان يعطى له في كل شهر خمسة دراهم ما عاش فالقسمة بين الموصى لهما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
بطريق العول والمضاربة وهو ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه قوله لشيوع الحقوق جملة
اشارة الى الاصل الذي ينبني عليه القسمة في جنس هذه المسايل عندهما وذلك ان الحقوق متى ثبتت
على وجه الشيوع جملة في وقت واحد كانت القسمة عولية وان ثبتت على وجه التمييز او ثبتت
جملة للرق او اوقات مختلفة كانت القسمة نزاعية والمعنى فيه ان القياس يابى القسمة بطريق العول ولهذا
نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من شاء باهلته ان الله تعالى لم يجعل في المال الواحد نصفا ونصفا
وثلثا وانما تركنا القياس في الميراث باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلحق به ما في معناه وفي الميراث الحقوق
تثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت فكذا في مسيلتنا حق الموصى لهما ثبت
على وجه الشيوع جملة وقت الموت قوله كما في الوصية بالثلث وما دونه الى اخره استشهاد
لقولهما بالمسايل المتفق على ان القسمة فيها عولية وهي ست غير مسيلتي الميراث والدين اما
الاولى من الست فهي ما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بربعه ولاخر بسدسه وقد جمع المصنف
رحمه الله هاتين الوصيتين الاخريين تحت قوله وما دونه ولما مسيلة المحاباة فهي ما اذا اوصى بان
يباع عبده لهذا بالف وقيمته الفان وان يباع عبد له الاخر لرجل اخر بالفين وقيمته ثلاثة الاف
حتى كانت المحاباة بالفين واما المسيلة الثالثة وهي احدى اختي المحاباة فهي ما اذا اوصى بان يعتق من هذا
نصفه ومن الاخر ثلثه وضاق الثلث عن الوصيتين واما المسيلة الرابعة وهي الاخت الاخرى فهو الوصية
بالعتق مرسلة مع الوصية بالعين واما المسيلة الخامسة والسادسة وهما المشار اليهما بقول المصنف
رحمه الله والدفع بالعين والنفس فهما ما اذا فقا العبد او المدبر عيني رجل وقتل اخر خطا ودفع العبد
او قيمة المدبر بالجنايتين واذا كانت القسمة في مسيلتنا عولية كان لزيد ربع كل التركة ان اجاز الوارث
وربع الثلث ان لم يجز لان زيدا يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالنفقة وهو عمرو بالكل وهو
ثلاثة امثاله واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالقسمة بينهما بطريق المنازعة قوله تفريعا على الدعوى
الى اخره اشارة الى ان الاختلاف في مسلة الوصية بالنفقة بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فرع

فرع على مسئلة الدعوى وصورتها ما اذا ادعى رجل دارا وادعى آخر نصفها واقاما البينة فان عند ابي حنيفة
رضي الله عنه يقسم الدار بينهما بطريق المنازعة فيكون لمدعي النصف ربعها والباقي لمدعي الكل
لان مدعي النصف لا ينازع في النصف فيسلم النصف لمدعي الكل ومدعي الكل ينازع مدعي
النصف وعندهما يقسم بطريق العول والمضاربة فيكون ثلثها لمدعي النصف وثلثاها لمدعي
الكل يضرب كل واحد منهما بجميع حقه وحق مدعي الكل ضعف حق مدعي النصف ووجه قولهما
ما ذكرنا من ان الحقين ثبتا على وجه الشيوع جملة اما الاول فظاهر وكذا الثاني لان حق كل واحد
من المدعيين انما ثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكان في معنى ما ورد به النص وهو الميراث
فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه كما يضرب اصحاب العول في التركة التي تضيق عن كمال الفروض
وكما يضرب اصحاب الديون الكثيرة في التركة اليسيرة ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل في قسمة
العول الميراث كما قالا الا ان سبب استحقاق مدعي الكل يثبت في المال ابتداء لا في غير المال وهذا معنى قول
المصنف رحمه الله اذ بدأ السبب المال لا الغير قال في الصحاح بدأت الشيء فعلته ابتداء وبدأ الله
الخلق وابداهم بمعنى انتهى كلامه واذا كان سبب الاستحقاق احدهما مثبتا للمال ابتداء لم يكن في معنى
الاستحقاق بالارث والدين المسموعين للقسمة بالعول والمضاربة اذ السبب في الدين يلاقي ما في الذمة
دون المال العين وفي الميراث يلاقي الجزء الشائع وانما يثبت في المال العين بواسطة سوق الشائع
ولهذا كان ما يأخذه كل وارث في الحقيقة بدلا عن حقه لا اصل حقه فصارت القسمة في مسئلتنا
كالقسمة فيما اذا اشترى من فضولي عبدا بالف ثم اشترى من فضولي آخر نصفه بخمس مائة واجاز المولى
البيعين جميعا وخير المشتريان فاختارا الاخذ وههنا يقسم بينهما بطريق المنازعة بالاتفاق ربعه
لمشتري النصف والنصف والربع لمشتري الكل فكذا ههنا قوله وبالحرف ينعكس الجواب الى اخره اي ولهذا
الاصل الذي تقرر لابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ينعكس الجواب في القسمة في هذه المسائل الثلاث
وصورة الاولى عبد قتل رجلا خطأ وله ولي واحد وقتل رجلا آخر عمدا وله وليان فعفى احدهما
ودفع المولى العبد بالجنايتين وصورة الثانية ما اذا كان الجاني مدبرا او ام ولد والمسئلة بحالها وقعت
القيمة بالجنايتين وصورة الثالثة ما ادعت عليه لرجل مائة درهم ولآخر خمسون وبيع في الدينين فيكون
قسمة العبد في المسئلة الاولى وقيمة المدبر في الثانية وثمن المأذون في الثالثة بين المستحقين بطريق
العول عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون الثلثان من المدفوع لولي الخطأ في الصورتين الاوليين
والثلث لولي العمد الذي لم يعف وفي الصورة الثالثة ثلثا الثمن لصاحب المائة وثلثه لصاحب الخمسين

وكذلك

وكذلك اذا كان احد الوارثين لعبد مولى له كان يأخذ شيئا بحسبه لان المولى الوارث كالاجنبي بالنسبة
الى شريكه وهذا لان الحق في هذه الصور لم يتعلق بالمال ابتداء بل ثبت في ذمة المولى وبواسطته تعلق بعد
في المال فاشبه الميراث لان موجب الجناية ودين المأذون انما يثبت في الذمة فاستوت الحقوق
في القوة لاتساع الذمة فيضرب كل واحد بجميع حقه واما عندهما فالقسمة بطريق
النزاع فتكون ثلاثة ارباع المدفوع لولي الخطأ في الصورتين الاوليين والربع لولي العمد
وفي الصورة الثالثة ربع الثمن لصاحب الخمسين وثلاثة الارباع لصاحب المائة لان الحقوق
لم تثبت جملة في وقت واحد فلم تكن في معنى الميراث اما في الصورتين الاوليين فلان وقت ثبوت حق ولي
العمد حال القتل وحق ولي الخطأ وقت الدفع لان المدفوع صلة والصلات لا تملك قبل القبض واما
في الصورة الثالثة فلان الحق انما ثبت بالاداء به ووقت الاداء به مختلف فالحاصل ان المذكور
هنا ثلاث عشرة مسئلة منها ثمان مسائل تقسم بطريق العول عندهم ذكر منها ست في الاستشهاد لقولهما
كما قررنا وذكر بيان ثنتين في سياق تخليل قول ابي حنيفة رحمه الله وهما مسئلة في عول الارث ومسئلة
الدين ومنها واحدة تقسم بطريق المنازعة عندهم ذكرت في الاستشهاد لابي حنيفة رحمه الله حيث
قال كما في شراء الكل والبعض ومنها ثلاث مسائل تقسم بطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهي
مسئلة العبد الجاني ومسئلة المدبر الجاني ومسئلة المأذون المديون ومنها واحدة تقسم بطريق المنازعة
عنده والعول عندهما وهي مسئلة دعوى كل الدار او البعض قوله ولزيد سدس الى آخره اي واذا
كانت القسمة في مسئلة الوصية بالثلث بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله كان لزيد سدس
المال اجاز الوارث او لم يجز بخصوصه للنزاع بثلث المال اذ صاحب الثلث لا ينازع فيما عداه وهو
الثلثان ويسلم ذلك لصاحب الكل واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما واذا صار الثلث سهمين
صار الكل ستة لصاحب الثلث وهو زيد سهم منها وذلك سدس قوله ومعه ربع اسامه الى ما ذكره
الحسن بن زياد رحمه الله من ان عند ابي حنيفة رحمه الله لصاحب الثلث ربع المال عند الاجازة لانا نحتاج لقسمة
الثلث لاستوائهما واتفاقهما على الشركة فيه وكون الوصية به اقوى من الوصية بالكل فيكون الثلث
بينهما نصفين ثم نقول وصل لصاحب الثلث سهم من ستة وبقي له سهم فلا ينازع فيما عداه وهو ثلاثة
فيبقى سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فيكمل لصاحب الثلث سهم ونصف وذلك ربع المال
قوله تصحيحا لتصحيحها منصوب على انه مفعول لاجله فالتقدير قيل لزيد ربع عند الاجازة لاجل تصحيح نفع
الاجازة في حق كل واحد من الموصى لهما اذ من المعلوم ان كل واحد منهما ينتفع بالاجازة عند الانفراد فوجب ان ينتفع

ايضا عند الاجتماع اما انتفاع صاحب الكل عند الاجازة حال الانفراد فظاهر واما انتفاع صاحب الثلث فلانه
اذا اجيزت وصيته خاصة وقسم الثلث بينهما نصفين رجع بكمال حقه في الباقي والسعي في حق
صاحب الثلث انما تحقق باعتبار جواز منازعته لصاحب الكل في سهم تنقص من حقه بتوزيع الثلث
عليهما كما ذكر في تخريج الحسن رحمه الله وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان تخريج الحسن رحمه الله اصح
خلاف تخريج محمد رحمه الله لانه يؤدي لحصص صاحب الكل بنفع الاجازة لان صاحب الثلث تنحو سدسا
في الطالبين وقيل ما ذكر الحسن قول زفر رحمهما الله هذا كله عند اجازة الورثة الوصية بالنفقة
واما عند عدم الاجازة فعند ابي حنيفة رحمه الله الثلث بين زيد وعمرو نصفان لان ضرب
عمرو بجميع حقه بحسب استحقاقه واذا بطل حقه في الاستحقاق بطل ايضا في حق الضرب
فصار كان كل واحد منهما موصيا له بالثلث قوله وبفضل الغير ضمن الفضل لا يبقى دونه الى آخره
اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال الميت لما اوصى لعمرو بالكل فقد قصد تفضيله
على زيد والمجوز التسوية بينهما لانه خلاف تصرف الميت وضرر الوارث انما هو في الاستحقاق
لا في الضرب فوجب ان يضرب بجميع حقه مراعاة لقصد الميت الا ترى انه اذا باع عبدا قيمته
الف وخمسمائة وعبدا قيمته الفان بالف وثلث ماله الف صحت المحاباة لو اوصى بان يعتق
من هذا نصفه ومن الاخر ثلثه او اعتق في مرضه عبدين متفاوتين في القيمة او علق عتقهما بموته
او اوصى بالف مرسلة لرجل وبالفين لاخر وضاق الثلث في جميع ذلك ولم تجز الورثة كان ضرب
كل واحد منهما في الثلث بجميع حقه بالاجماع فكذا ههنا وتقرير الجواب ان يقال الميت وان
قصد تفضيل الغير وهو الموصى له بالكل لكن التفضيل انما ثبت في ضمن الوصية بالفضل على الثلث
والوصية بذلك تتوقف على اجازة الورثة فاذا ردها بطلت من الاصل وصارت كانها لم تكن
ولهذا لو ظهر للميت مال لا ينفذ الوصية بالزيادة على الثلث واذا بطل الفضل من الاصل
لا يبقى التفضيل بدونه وصار كانه اوصى لكل واحد منهما بالثلث بخلاف مسألة المحاباة واختيها لان الوصية
بالبيع والعتق بانفسها جواز ان يظهر له مال اخر فيتسع الثلث للوصيتين وفي الوصية بالالف
والالفين مرسلا الوصية لا تلاقي حق الوارث لفظا فصح اللفظ من غير توقف بخلاف الوصية
بالمعين وهو ما فضل عن الثلث لانه يلاقي حق الوارث لفظا ومعنى فلم يصح مطلقا قوله
وتوقف الباقي لنفقة عمرو الى آخره اي واذا تعين نصيب الموصى له بالثلث على كل واحد من الوصيين
ودفع اليه يوقف الباقي من التركة لنفقة عمرو ولا يدفع اليه لان الوصية بادرار النفقة

عليه

عليه لا بالتمليك منه قوله مرددا عوده الى آخره اشارة الى ان عمرا لو مات قبل استكمال ما وقف لنفقته
كمل لزيد من الباقي قدر ما نقص من حقه بمزاحمة نفقة عمرو وذلك كمال الثلث عند الاجازة وكمال
نصف الثلث عند عدمها ثم ما بقي يرد الى الوارث فقول المصنف رحمه الله مرددا عوده منصوب
على انه حال من الباقي في قوله وتوقف الباقي بعد اخذ زيد حقه لنفقة عمرو حال كونه
مرددا عوده الى عمرو ومما لعله النفقة الى زيد قدر ما نقص من حقه بمزاحمة عمرو وحال
كونه مرددا ايضا الى الوارث اما الاول فلان السبب في حق كل واحد من الموصى لهما قد صح والوصايا با
من الاسباب التي يتصور اجتماعها في محل واحد لعدم التنافي اذ هي عقد استخلاف وحكم القاضي لا يبطل
الاسباب التي يتصور اجتماعها فكان القضاء واقعا لكل واحد من الموصى لهما على وجه الكمال
الا انهما تزاحما لضيق المحل فاذا زال التزاحم كمل حقه ضرورة فصار كالغرماء اذا قضي لهم بالتركة
التي ضاقت عن ديونهم ثم ابرا احدهم عن دينه وهناك يصرف نصيبه الى تكميل
حق الباقين فكذا هنا بخلاف الشرا فيما اذا ادعى كل واحد من رجلين شراء دار واقاما
البينة فقضي بالدار بينهما ثم رد احدهما نصيبه بعيب او خيار رؤية حيث لا يكمل
حق الاخر وكذا لو قضى للشفيعين بالدار ثم رد احدهما ما قضي له به حيث لا يكمل حق
الاخر لان حكم القاضي لكل واحد منهما ابطل حق الاخر في النصف لان الشرائين لا يتصور
اجتماعهما في محل واحد على الكمال في حالة واحدة وكذلك الملك فكان من ضرورة القضاء بالملك
بحكم الشرا بينهما ان يصير كل واحد منهما مقضيا عليه بابطال الملك في النصف لان المقضي
عليه في حادثة لا يصير مقضيا له فيها ابدا فافترقا واما الثاني فلانه اذا كمل حق الموصى له
بالثلث من باقي النفقة وفضل شيء مما يرد الى الوارث لانه مال الميت وقد خلا عن الدين
والوصية فيكون لورثته قوله وما منصوب على انه مفعول لاجله وبيانه ان الموصي
بالنفقة ما قصد تمليك المال من عمرو وانما قصد توقيفه على ملك نفسه لادرار النفقة
عليه ابدا ما عاش الى ان يستغني عنه بموته وحكمة التوقيف على ملك نفسه بعد عود
ما بقي الى ملك الوارث عند استغناء الموصى له وخلو المال من الحقوق فتعتبر تلك الحكمة بخلاف
ما اذا اوصى بان يحج عنه او يعتق او يضحى او يتصدق عنه في كل عام بمائة درهم حيث لا يوقف
المال لسعة منه الوصية كل عام بل يعجل الكل في سنة واحدة لان التوقيف لا يفيد عود شيء
من المال الى الوارث واما اذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر بل يعجل كيف وفي التعجيل تحقيق مقصود

الموصي وهو التقرب الى الله تعالى بماله من الوجه الذي سماه **ص** كذا لو اوصى ان ينفق على
عمرو وبكر ان لم يعد لفظ الوصية بينهما ترجيحا للاتحاد بالعقد والعاقد وان اعاد فلزيد
عنده ثلث الثلث وعندهما سبع ما بقى بناء على حرف العول والنزاع ويوقف لنفقة كل فرد
نصف الباقي فمردود ما الفضل بموتهما الى زيد والوارث كما مر وبموت عمرو الى زيد
وبكر عندهما ارباعا وعنده في فصل الاجازة اخماسا وقيل اسداسا وفي غيرها نصفين
كان لم يذكر اصلا وانما لم يقرر بموت المفرد فيما لم يعد لان الزحام كالنقص بتعدد
العقد دون الموصى له لا يلزم ما اوصى ان ينفق من الثلث حيث يقسم الثلث بتعدد
العقد لعدم التفصيل ولا ما اوصى بالثلث لينفق حيث لا توقف اذ المصدر
تمليك والوقف مشغول لا بعين رقبة سكنها **س** اي وكذا لو اوصى لزيد
بالثلث واوصى بان ينفق على عمرو وبكر في كل شهر عشرة دراهم ما عاشا من حيث انه يكون
القسمة عندهما عولية لزيد ربع الكل ان اجاز الوارث وربع الثلث ان لم يجز ويوقف
الباقي للنفقة وعند ابي حنيفة رحمه الله ثم عليه لزيد سدس الكل سواء اجاز الوارث
ام لم يجز ويوقف الباقي وهذا اوما لو كان الموصى له بالنفقة واحدا سواء هذا كله اذا لم يعد
لفظ الوصية بين عمرو وبكر سواء اجمل كما صورنا ام فصل المؤنة بان قال ينفق على
كل واحد منهما خمسة ترجيحا للاتحاد بعقد الوصية وعاقدها وهو الموصي اذ لا تعدد
في واحد منهما بخلاف تسمية الثمن في البيع من اثنين لان العاقد في احد الجانبين متعدد فجاز
ان يجعل عقدين عند الخلاف التسمية لغلبة جهة التعدد فافترقا واما اذا اعاد
لفظ الوصية بان قال اوصيت بان ينفق على عمرو كل شهر خمسة ما عاش واوصيت
بان ينفق على بكر كل شهر خمسة ما عاش فلزيد عند ابي حنيفة رحمه الله ثلث الثلث سواء اجاز الوارث
ام لم يجز وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله له جميع ما تقدم الوصية فيه سواء كان ثلث المال
ام كله لحرف العول عندهما والنزاع عند ابي حنيفة رحمه الله وبيانه ان نقول كل واحد من عمرو
وبكر موصى له بجميع المال لاعادة لفظ الوصية فاجتمع في الثلث عند الاجازة وفي الكل عندهما
ثلاث وصايا فيضرب زيد عندهما بثلث المال سهم من ثلاثة وكل واحد منهما بكل المال ثلاثة اسهم
فصار المجموع سبعة لزيد السبع واما عند ابي حنيفة رحمه الله فنقول فلا استوت منازعتهم في الثلث فيقسم
بينهم على ثلاثة اسهم فيكون لزيد ثلثه قوله مردود الى اخره اشارة الى ان عمرا وبكرا اذا ماتا قبل استكمال

النفقة

النفقة جميع ما وقف لهما يرد الى زيد بقدر ما نقص من حقه بمزاحمتهما وما فضل بعد ذلك يرد
الى الوارث كما مر من الترتيب وان مات عمرو دون بكر يرد ما فضل من نفقة عمرو الى تكميل وصية زيد
وبكر فيقسم بينهما لكن يكون على قدر حقهما في الاصل وذلك ارباع عندهما لان حق زيد في سهم من سبعة وحق بكر
في ثلاثة منها واما عند ابي حنيفة رحمه الله في فصل الاجازة فاخماس لان حق زيد في سهم من تسعة وحق بكر
في اربعة منها وقيل في بعض النسخ ان القسمة اسداس عنده لان الموقوف للنفقة باق على ملك
الميت وكان في حق الباقي من النفقة هذا ابتداء القسمة والموصى له بالنفقة واحد ولو كان
كذلك قسم بينهما على ستة فكذا هذا واما عند عدم الاجازة فيقسم بينهما نصفين
لاستواء حقهما فصار كما اذا لم يذكر عمرا اصلا في الوصية ولو لم يذكر عمرا في الابتداء
كانت القسمة على القولين ما ذكرنا فكذا في الانتهاء قوله واما لم يقرر بموت المفرد الى اخره
اشارة الى الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا لم يعد الموصي لفظ الوصية بالنفقة
حيث افرد هنا وصية الحي عن وصية الميت حتى استحق زيد مشاركته فيما بقي من نفقة الميت
ولم يفردها هناك حتى وقف ما بقي من نفقة الميت لنفقة الحي ولم يستحق زيد منها شيئا
والفرق ما اشار اليه المصنف رحمه الله من ان حكم الزحام كحكم النقص من حيث ان كل واحد منهما انما
يثبت بتعدد عقد الوصية دون تعدد الموصى له ففي مسئلتنا تعدد لفظ الوصية بالنفقة لعمرو وبكر
فكانتا وصيتين كل واحدة منهما بجميع المال فكان كل واحد منهما من احال زيد منقصا للوصية
فاذا مات احدهما زالت مزاحمته فوجب ان يعود اليه شيء من حقه فلهذا كان له حق
مشاركة بكر فيما بقي من نفقة عمرو واما في تلك المسئلة فلم يتعدد لفظ الوصية بالنفقة لكل
واحد منهما فكانت وصية واحدة وكان عمرو وبكر بمنزلة شخص واحد موصى له بجميع المال فلم
يمكن افراد وصية احدهما عن وصية الاخر فكان ما يستحقه زيد عند وجود احدهما مثل ما
يستحقه عند وجودهما قوله لا يلزم اي لا يشكل على ما قلنا ما اذا اوصى بان ينفق من ثلث
المال والمسئلة بحالها حيث يقسم الثلث بتعدد عقد الوصية حتى لو اعاد لفظ الوصية بين عمرو
وبكر قسم الثلث بينهم اثلاثا لزيد ثلثه ويوقف لنفقتهما ثلثاه وان لم يعد لفظ الوصية كان
لزيد نصف الثلث ولنفقتهما نصفه اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فظاهر واما على اصلهما
فلان الميت لما اضاف الوصية بالنفقة الى الثلث فقد قصد التسوية بين الموصى لهم دون
تفضيل بعضهم على بعض بخلاف ما اذا كانت الوصية مرسلة عن الاضافة الى الثلث فافترقا ولا

ما اوصى بالثلث لينفق الى الحج اي ولا يشكل ايضا ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان لينفق عليه في كل شهر خمسة دراهم حيث يدفع الثلث الى الموصى له في الحال ولا يوقف منه قليل ولا كثير لان صدر الكلام وهو قوله اوصيت لفلان بثلث مالي يمليك منه لفلان لاضافة الوصية اليه بلام التمليك وما ورد منه وهو قوله لينفق عليه في كل شهر مشورة فوله لا يصير اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لم لا يجعل قوله لينفق عليه تغيير الوصية من التمليك الى الانفاق ويكون رجوعا عن التمليك فوقع الجواب ان يقال قوله لينفق يحتمل المشورة فلا يجعل رجوعا بالشك والاحتمال فصار كما لو قال لرجل هذه الدار هبة لك تسكنها من حيث انها تكون له تصنع بها ما شاء من التصرفات كذلك هذا بخلاف ما تقدم لانه لم يضف الوصية الى الموصى له بالنفقة بلام التمليك فافترقا والله اعلم بالصواب

ص باب ما يكون رجوعا او لا

ش اعلم ان هذا الباب يشتمل ايضا على بعض ما في الباب السادس من ابواب الوصايا في ترتيب الجامع ص قول الموصى اشهدوا اني لم اوص لزيد ليس برجوع اذ الشفاه شرط الجحد او الفسخ ضمنه حتى لم يمض جاحد بدعاع الخايب والعقد بيع ما يقابل الاعدل وان قيل بالفسخ والنفي مطلقا والفرق بين لم ولا بخلاف النكاح اذ عقد لا يقال وقطعه لا يشبه العدم ش رجل اوصى لزيد بثلث ماله ثم قال اشهدوا اني لم اوص لزيد بشيء فليس قوله ذلك رجوعا عن وصيته لانه جحود وان كان رجوعا كما ذكر في رواية المبسوط الا انه يشترط فيه مشافهة الموصى له به لكونه من باب المعارضة ولهذا لو جحد المودع الوديعة في غيبة المالك ثم هلكت الوديعة لم يضمن بخلاف جحوده حال حضرته واما رواية الجامع فالجحود ليس برجوع صريحا لوجه انما يثبت ضمنا للجحود وهو قول باطل لانه كذب فلا يثبت ما في ضمنه فقول المصنف رحمه الله حتى لم يمض جاحدا بدعاع الغايب استشهاد للوجه الاول وفي تقديمه والاستشهاد له اشارة الى انه هو المختار دون الوجه الثاني وقوله والعقد بيع مما يقابل الاعدل الخ اي والعقد المشروط في كون الجحود فسخا وهو الشفاه به بيع مما يقابل ويفسخ من العقود كالوكالة والوديعة والبيع والشركة حتى كانت المشافهة بالجحود فيها فسخا في القول المختار وهو القول الاعدل من الاقوال المذكورة فيه المشار اليها بقول المصنف رحمه الله وان قيل بالفسخ والنفي مطلقا والفرق بين لم ولا وها نحن نذكر كل واحد منها بوجهه اما الاول وهو كون الجحود فسخا مطلقا سواء كان

الجاحد مشافها به للموصى له ام كان في غيبته فلان الجحود وان كان لغوا محضا الا ان بينه وبين الفسخ موافقة معنوية وهي اشتراكهما في عدم الرضا لان الجاحد غير راض بما جحده كما ان الفاسخ غير راض بما فسخه فاذا تعذر العمل بحقيقة الجحود جعل مجازا عن الفسخ فصار قوله لم اوص بمنزلة قوله فسخت والموصى ينفرد بالرجوع فيصح منه وان كان المواصلة غائبا واما القول الثاني وهو نفي كون الجحود فسخا مطلقا فلان الوصية انما تجب بعد الموت فاذا قال لم اوص له بشيء فهو صادق في مقالته على معنى انه لم يوجب له الوصية بعد واذا كان صادقا في مقالته انتفى كون جحوده رجوعا واما القول الثالث وهو الفرق بين كون الجحود بكلمة لم وبين كونه بكلمة لا فلانه روي عن ابن سماعة رحمه الله عن محمد رحمه الله انه لو قال اشهدوا اني لم اوص لفلان لا يكون رجوعا لانه طلب منهم شهادة الزور ولو قال اشهدوا اني لا اوصي لفلان كان رجوعا لانه نفاه في المستقبل كقوله لا استعين بك ولا اصادقك فقوله بخلاف النكاح الى اخره اشارة الى الفرق بين جحود الوصية وبين جحود النكاح حيث جعل جحود الوصية بحضرة الموصى له رجوعا او فسخا ولم يجعل جحود النكاح فسخا حتى لو قال لامرأته لم اتزوجك لم يعتبر والفرق ان عقد النكاح بعد تمامه لا يقبل الاقالة والفسخ قصدا فيتعذر جعل الجحود كناية عن الفسخ ويتعذر ايضا جعله كناية عن الطلاق لعدم المشابهة بينهما اذ الجحود ينفي العقد اصلا ويلحقه بالعدم والطلاق يقطع الملك الثابت بالنكاح ولا يقطع عقد النكاح ولهذا لا يسقط به شيء من مهر المدخول بها وقطع ملك النكاح لا يشبه عدم عقد النكاح وهذا معنى قول المصنف رحمه الله وقطعه لا يشبه العدم ولانه لو صرح بان قال لم اتزوجك او ما تزوجتك لاني طلقتك لا يصح فلا يفيد الا ضمنا بخلاف قوله لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامرأة اذا نوى الطلاق لانه لو صرح بقوله لاني طلقتك صح فكذا اذا اضمر

ص وكل وصية اوصيت له فهي باطلة رجوع وبما الخمسة كا بطلت او تركت ضد فهي حرام او ربوا اذ الوصف محال او غير مناف بدليل المغصوب والحبيث ش اي ولو قال الموصى كل وصية اوصيت بها لزيد فهي باطلة كان ذلك رجوعا منه عملا بحقيقة وصفها بالبطلان اذ الوصية لجواز الرجوع يوصف به ولهذا لو قال الموصى وصية فلان باطلة لاني رجعت عنها فصار كانه قال كل وصية اوصيت بها لزيد فقد ابطلتها او تركتها وهذا بخلاف ما لو قال كل وصية اوصيت بها لزيد فهي حرام او قال فهي ربوا اما لان وصف الحرام والربوا محال في الوصية لان الوصية لا تكون حراما ولا ربوا فيلغو اما بالغو فقوله

فهي باوتح الا ترى انك تقول رددت الوصية فبطلت ولا تقول تحرمت ولا صارت ربوا واما لان الحرام
والربوا وصف لا ينافي الوصيه به الا ترى انه لو اوصى بمال مغصوب او بمال اكتسبه بسبب خبيث كالربوا ونحوه
صحت الوصية به **ص** كذا فهي لعمرو او فقد اوصيت بها لعمرو ولانه للتنقل المقتضي بو رلغا ضد وقد
لانه للتقرير وهي بعده بدليل وصيه العين لكل فرد ولهذا الوسمي النصف زاحم عمرو بالثلث
في الواو والنصف في الباقي وهي لعمرو وان مات الموصى قبله وفاً بالنقل ولورثة الموصى ان انعكس
او كان عمرو منهم ورد والطرو والمبطل كما لو رد عمرو ولزيد ان كان عمرو ميتا عند
الوصيه اذ لغي الايجاب والرجوع ضمنه **ش** اي وكذا قوله كل وصيه اوصيت بها لزيد
فهي لعمرو او كل وصية اوصيت بها لزيد قد اوصيت او فقد اوصيت بها لعمرو من حيث
انه يكون رجوعا عن وصية زيد لانه لما قال فهي لعمرو وقد اوصيت او فقد اوصيت
لعمرو فقد اوجب سهم زيد بعينه لعمرو ونقل جميع الثلث اليه والنقل الى عمرو يقتضي
تقرير الموصى به من وصيته المنقول عنه ومن ضرورته بطلان الوصية الاولى وهذا خلاف
ما لو قال كل وصيه اوصيت بها لزيد وقد اوصيت بها لعمرو حيث لا يكون ذلك رجوعا عن وصية
زيد لانه ذكره بالواو العاطفه والعطف يقتضي تقرير المعطوف عليه لا تغيره فكان موجب قوله
ضم الوصيه الثانيه الى الوصيه الاولى فصار كل واحد منهما موصى له بجميع الثلث والوصيه قابلة للتعدد
بدليل ما اذا اضافها الى عين واحد بان قال اوصيت بعبدي هذا لفلان ثم اوصى به
لاخر وهو يخرج من الثلث كان كل واحد منهما موصى له بجميع العبد ولهذا لو رد احدهما كان
كل العبد للاخر فكذا في الوصيه بالثلث ويقسم بينهما نصفين للمزاحمة في محل ضاق عن كمال
حقهما قوله ولهذا لو سمي النصف الى اخره اي ولما ذكرنا من ان قوله فقد او وفقد رجوع دون
قوله وقد لو سمي في الوصية الثانيه النصف لعمرو كان له ان يزاحم زيدا بالثلث في مثله الواو لان
موجب وصيه زيد كل الثلث ولم يبطل وصيته وموجب وصيه عمرو نصف الثلث فيكون حق زيد
ضعف حق عمرو واما في الباقي وهو مثله فقد وفقد فلعمرو ان يزاحم فيهما بنصف الثلث لما ذكرنا
ان ذلك رجوع منه لكن بقدر ما اوصى به لعمرو وهو النصف المنقول اليه من وصية زيد بقوله وهي
لعمرو وان مات الموصى قبله الى اخره اشار الى انه اذا ثبت رجوع الموصى بقوله كل وصيه اوصيت بها لزيد فهي لعمرو
ومات الموصى قبل عمرو كان الثلث كله لعمرو عملا بحقيقة النقل الذي تضمنته الوصيه لعمرو ولما اذا
انعكس الامر بان مات عمرو ثم مات الموصى فالثلث لورثة الموصى وكذلك لو كان عمرو من الورثه وبقي بعد الموصى

ولم يجز

ولم يجز بقية الورثه وصيته بل رد وها لان وصية عمرو لما صحت ثبت الرجوع عن وصية زيد
ثم لما طرا عليها المبطل وهو موته قبل موت الموصى في الصورة الاولى ورد بقيه الورثه في الصورة
الثانيه خلا الثلث الموصى به عن الوصيه فكان للورثه فصار كما لو كان عمرو حيا ورد الوصيه بعد
موت الموصى وهناك يكون الثلث للورثه لخلوه عن الوصيه فكذا هنا قوله ولزيد ان كان عمرو
ميتا الى اخره اشارة الى ان عمرو لو كان ميتا وقت الوصيه له كان الثلث لزيد لعدم بطلان
وصيته لان ايجاب الوصيه لعمرو لم يصح اذ الوصيه للميت باطله فلغي قوله فهي لعمرو وبقي قوله
كل وصيه اوصيت وبهذا القدر لا يثبت الايجاب لاحد فيلغو واذا الغي الايجاب الثاني لغي
ما ثبت في ضمنه وهو الرجوع فبقيت الوصيه الاولى على حالها **ص** وان قال فهي لعقب
عمرو فهي لولده وقيل ابنه ان مات قبل الموصى لثبوت الوصف ولزيد ان العكس لعدم الوصف
اذ هو بالموت كالوراثه بخلاف العصوبة ولوارث الموصى ان كان عمرو ميتا ومات عقبه قبل الموصى لطرو المبطل
ش اي ولو قال كل وصية اوصيت بها لزيد فهي لعقب عمرو فالوصيه لولد عمرو من الذكور والاناث
لان الاستحقاق بالوصيه استحقاق بعقد فيستوي فيه الذكر والانثى كالهبه والبيع فصار
كالوصيه لبني فلان بخلاف الوصيه لورثة فلان لان تعليق الوصية باسم الارث يقتضي اعتبار الارث
فان لم يكن لعمرو ولد فالوصية لولد بنيه دون ولد بناته لان ولد الابن ذكورا كانوا او اناثا
عقب له دون ولد بناته لان اولاد البنات عقب لابائهم وليسوا عقبا لاباء امهاتهم قوله وقيل
ابنه عطف على قوله لولده فالتقدير فهي لولده وقيل فهي لابنه وهو اشارة الى ان الوصيه لابن عمرو
لان عقب الرجل من يخلفه من اولاده الذكور دون الاناث ذكره الكرخي رحمه الله وفي الصحاح العقب
ولد الرجل وولد ولده وتسكين القاف لغة فيه وهي مونثه انتهى كلامه وانما تكون الوصيه لولد
عمرو اذا مات عمرو قبل موت الموصى لثبوت وصف الولد بكونه عقبا وهذا خلاف ما اذا انعكس
بان مات الموصى قبل موت عمرو وحينئذ كانت الوصيه لزيد باقيه على حالها لعدم ثبوت وصف
ولد عمرو بكونه عقبا له لان الولد انما يتصف بكونه عقبا للانسان بموت ذلك الانسان
كالوراثه لا يثبت الاتصاف بها الا عند موت المورث واذا كان كذلك ظهر ان الموصى اوصى
لعقب غير موجود فلم يصح نقل الوصيه من زيد فبقيت على حالها وهذا بخلاف العصوبة فانها
لا تتوقف الوصف بها على الموت حتى لو اوصى لعصبة فلان فمات الموصى قبل موت فلان كانت الوصيه لعصبته
لان الاسم ثابت لهم قبل موت فلان الا ترى انه يقال اولياء المراه عصباتها والعصبة البنون ثم الاباء ثم الاجداد وعلى

قول ابي حنيفة رحمه الله ثم الاخوة ثم الاعمام لانه لما كان العصبة مع القريب قوله ولوارث الموصي ان كان عمرو ميتا الى اخره اشارة الى انه اذا اوصى لعقب عمرو وهو ميت ثم مات عقبه قبل موت الموصي كانت الوصية لوارث الموصي لان العقب لما كان موجودا يوم الوصية صح نقل الوصية من زيد الى العقب فثبت الرجوع عن وصية زيد ثم بطلت الوصية للعقب بعد صحتها بمبطل طارئ عليها وهو موته قبل موت الموصي واعلم انه سلو هذا الباب في ترتيب الوجيز والتحرير باب الوصية وعليه دين نقل المصنف رحمه الله مسائله الى باب الدعوى بتقصير ثم بتعدي كما نبهنا عليه هناك والله اعلم

ص باب الوصية يقع لاقل ما يسمى

لو قال ثلث مالي لبني عمرو وهم خمسة وكانوا اكثر يوم الموت فالثلث لخمسة يختار الوارث اذ الابهام في المخصوص من العام دون الصدر عكس الوصية للموالي وان كانوا اقل فالثلث بينهم حذار التغيير باللغو الا ان يكون فردا فيأخذ النصف صونا لمعنى الجمع كما في التثنية **مس** رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني عمرو وهم خمسة فمات فاذا بنو عمرو اكثر من خمسة فثلث المال لخمسة منهم والخيار في تعيينهم للوارث لان قوله وهم خمسة مع كونهم اكثر كلام صحيح لان صدر الكلام وهو قوله لبني عمرو زيد كلام صريح لا ابهام فيه لان اسم البنين عام وانما حصل الابهام في العدد المخصوص منه وهو قوله وهم خمسة وتخصيص الاسم العلم باللفظ صحيح واذا صح التخصيص بغير صدر الكلام وصار كانه قال اوصيت لخمسة من بني عمرو ولو كان كذلك صحت الوصية وكان الخيار في التعيين للوارث فكذا هذا بخلاف الوصية للموالي لان الابهام هناك في صدر الكلام وهو قوله لموالي فلان اذا مات فلان عن مولى اعلى ومولى اسفل فتعذر القول بصحتها لمكان الجهالة ادما من فريق بعينه الوارث للوصية الا ويحتمل ان مقصود الموصي غيره عينا وقد قررناه في باب الوصية للموالي هذا كله اذا كان بنو عمرو يوم الموت اكثر من خمسة واما اذا كانوا اقل من خمسة فالثلث كله بينهم لان قوله ثلث مالي لبني عمرو كلام تام صحيح فلا يتغير بقوله وهم خمسة لكونه لغوا اذ لا يطلق اسم الخمسة على ما دونها بوجه ما لان الاعداد نصوص واذا كان كذلك فلا يجوز تغيير الوصية الصحيحة به حذار تغيير الصحيح باللغو الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان الطوال وهم قصار كان الثلث كله لهم لانه وصفهم بغير صفتهم فلغوا الصفة وهذا

اذا

اذا كان البنون ثلاثة او اربعة وكذا اذا كان الموجود منهم اثنين لان للمثنى حكم الجمع في الوصية كما في الميراث وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان يقال اذا كان الموصى لهم من بني عمرو واقل من خمسة يكون لهم حصصهم من الثلث اذا قسم على خمسة وسنذكر وجه هذه الرواية بعد هذا في هذا الباب ان شاء الله تعالى واما اذا كان الموجود من البنين فردا واحدا فيأخذ نصف الثلث لان الموصي اوجب الوصية بلفظ البنين وهو اسم جمع فوجب اعتباره صونا لمعنى الجمع واقل ما يطلق عليه اسم الجمع في باب الوصية اثنان كما ذكرنا فكان للواحد نصف الثلث فصار كما لو اوجب الوصية بلفظ التثنية بان ثلث مالي لابني عمرو ولم يوجد له عند الموت الا ابن واحد وهناك يكون له نصف الثلث فكذا هنا **ص** وان قال لبني زيد وبني عمرو وزع على الرؤوس كما لو اشار او سمى غير ان الوصية فيهما الايجاب للحال يحوز قسط من مات الى الموصي وفي غيرهما الايجاب عند الموت فاذا مات بنو زيد قبله كان الكل لبني عمرو كما في قوله لزيد وعتبة او جدار **مس** ما لو قال بين بني زيد وبني عمرو لانه للتنصيف بدليل قوله بين زيد وعتبة او جدار **مس** رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني زيد وبني عمرو ولزيد ثلاثة بنون ولعمرو اقل من ذلك وزع الثلث على عدد رؤوسهم لان الكل اهل لاستحقاق الوصية فصار كانه اشار اليهم بان قال ثلث مالي لهؤلاء او كانه سماهم بان اوصى لستين من بني فلان وله بنون غيرهم ولو كان كذلك وزع الثلث على عدد رؤوس المشار اليهم او المسمين على عدد رؤوسهم فكذا هذا قوله غير ان الوصية فيهما الايجاب للحال الى اخره اشارة الى الفرق بين ايجاب الوصية للمشار اليهم او للمسمين وبين ايجاب الوصية لغير مسمى او مشار اليه والفرق ان الوصية في المشار والمسمى ايجاب في الحال حتى يعود قسط من مات منهم الى الموصي دون بقية الموصى لهم لان الميت من الموصى لهم لما كان معينا بالاشارة او بالتسمية وهو من اهل الاستحقاق بالوصية بسبب مزاحمته في الحال للبقية فلا يزداد حقهم بموته وزوال مزاحمته بخلاف الوصية لغير معين كما في قوله لبني زيد وبني عمرو ولانها الايجاب عند الموت لان المزاحمة لم تثبت في الحال لعدم تعين الموصى لهم فاعتبرت المزاحمة يوم الموت فاذا مات بنو زيد قبل الموصي ظهر ان ضمهم الى بني عمرو ضم فاسد لعدم اهلية الميت لاستحقاق الوصية عند موت الايجاب فكان الثلث كله لبني عمرو لفساد ضم غيرهم اليهم في ايجاب الوصية فصار كما لو قال ثلث مالي لزيد وعتبة وكما في قوله لزيد

وحدار من حيث ان الثلث كله يكون لزيد لعنساد ضم غيره اليه في الايجاب اما في مسئلة الجدار فظاهر
وكذا في مسئلة العقب لان العقب من يعقب الانسان بعد موته فاذا كان حيا لا يكون له عقب فيفسد ضمه
الى زيد فكان كل الثلث لزيد وهذا بخلاف ما لو قال ثلث مالي بين بني زيد وبني عمرو حيث كان لبني
عمرو نصف الثلث سواء مات بنو زيد قبل الوصي او لم يموتوا الان كلمة بين يقتضي الاشتراك والتنصيف
بدليل ما لو قال ثلث مالي بين زيد وعقبه ولو بين زيد وجدار وهناك يكون لزيد نصف الثلث
لثبوت الاشتراك والتنصيف بموجب اللفظ لا لحكم المزاحمة لما بينا من عدم استحقاق المضموم الى
زيد فكذا هنا الا ترى انه لو قال ثلث مالي بين وبين فلان وسكت لم يكن لفلان الا نصف الثلث
وكان الاشتراك بموجب اللفظ لا لحكم المزاحمة في الحال فكذا هذا بخلاف ما لو قال لفلان وفلان واحدهما ميت
لان الاشتراك والتنصيف هناك لحكم المزاحمة في الحال لا بموجب اللفظ لان اللفظ يقتضي افراد كل واحد
منهما بكل الثلث لما عرف من امكان اجتماع الوصايا المتعددة في الثلث الواحد فافترقا وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا لم يعلم الموصي بموت احدهما كان للحي نصف الثلث لان صحة الوصيه بعمل القصد :.
وقصد الموصي الشركة فكانت الوصيه لكل منهما بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموت احدهما لانه
حينئذ يكون قاصدا لافراد الحي بالوصيه فيبطل ذلك كما لو ضم الى الحي جدارا او دابة ووجه ظاهر الرواية
ما اشرنا اليه من ان النقصان انما يثبت لحكم المزاحمة والميت لا يصلح مزاحما للحي على كل تقدير
وان قال لابني زيد بكر وعمرو وليس له عمرو فالكل لبكر ضد ما لم يسم اذ علم الشخص يعمل اقوى
نسخ علم الجنس كما لو تقدم نص رجل قال اوصيت بثلث مالي لابني زيد بكر وعمرو وليس لزيد
ولد غير بكر فالكل له وهذا لان قوله بكر وعمرو من الاعلام الشخصية وقد جعلهما بدلا من قوله لابني
زيد وهو علم جنس وعلم الشخص اقوى من علم الجنس اذ العلم الشخصي كالمشار اليه بخلاف الجنسي فجعل
الاقوى ناسخا فصار كانه قدم علم الشخص واضاف الوصيه اليه فقال اوصيت بثلث مالي
لبكر وعمرو ابني فلان ولو قال كذلك ولم يكن لزيد ولد الا بكر كان كل الثلث له فكذا هذا بخلاف
ما اذا لم يسم الموصي بان قال لابني زيد ولم يرد والمسئلة بحالها حيث كان لبكر نصف الثلث لانه اضاف
الوصية الى ابني فلان فاذا لم يوجد لاحدهما لم يوجد الاسم المضاف اليه لان الواحد لا يسمى ابنين وقد اضاف
الثلث مقسوما على الاثنين فكان للموجود نصف الثلث اما في مسئلتنا فقد اضاف الوصيه الى بكر وضم
اليه عمرا وهو معدوم فلم يصح ضمه ولم يثبت الشركة بينهما وقد وجد جميع الاسم المضاف اليه الوصيه
بالثلث وهو بكر فكان له فان قيل قوله بكر وعمرو كما يصلح بدلا يصلح ايضا عطف بيان والمعتبر في

عطف

عطف البيان المذكور اولا لان الثاني يذكر لازالة الابهام عن الاول كما في قوله جاءني اخوك زيد اذا كان له اخوة
غيره فكان عطف الثاني بمنزلة النعت موضوعا لما وضع له النعت وهو ازالة الابهام الا ان ازالة الابهام
عن الذات بما هو من قبيل الصفات يسمى نعتا وبما هو من قبيل الاسماء يسمى عطف بيان ولما ازال الابهام
بالثاني كان المعتبر هو الاول واذا كان كذلك كانت الحيثية لقوله لابني فلان دون قوله بكر وعمرو فوجب
ان يكون لبكر النصف كما اذا لم يسم بكرا وعمرا قلنا جعله بدلا اولى لوجهين احدهما لكثير لمال الموصى به
والوصيه عقد مندوب اليه فما ادى الى تكثير موجبه كان اولى والوجه الثاني ان شرط عطف
البيان ان يكون الثاني معلوما ليزول به ابهام الاول كما في قولك جاءني اخوك زيد وفي مسئلتنا
الثاني ليس بمعلوم لان عمرا ليس بموجود فلم يصلح لازالة الابهام الثابت في الاول فتعذر جعله
عطف بيان فكان بدلا ضرورة واعلم ان في جعل المصنف رحمه الله قوله لابني زيد من اعلام
الجنس نوع اشكال لما عرف من ان اسم الجنس عند الاصوليين هو اللفظ الموضوع للماهية من حيث
هي هي كاسد وعلم الجنس هو الموضوع للماهية من حيث تشخصها في الذهن كاسامه ولا شك
في ان لفظ الابن موضوع للماهية من حيث هي هي فكان كاسد لا كاسامه واعلم انه يتلو هذا
الباب في ترتيب الوجيز والتحرير باب الوصيه بوقفها فكان نقل المصنف رحمه الله مسائله الى

باب الوصيه الصغيه والله اعلم

فصل باب الوصي يصدق

لو قال انفقت كذا الى البلوغ عليك او على عبيدك ورثت او اشتريت وماتوا وانفقوا
صدق التسليط شرعا وحذار التنفير كامين القاضي الا ان يزيد على نفقة المثل لتكذيب
الظاهر او التفريط حتى غرم الفضل وان اقام بينة اذا قال وصي الصبي بعد بلوغه
انفقت عليك كذا من المال حين بلوغك او انفقت على عبيدك ورثتهم من ابيك او على
عبيد اشتريتهم لك من مالك وقد ماتوا او ابقوا والصبي يكذبه ولا بينة للوصي فالقول
قول الوصي اما لانه امين الميت وهو مسلط على ذلك شرعا والقول قول الامين واما لانه
لو لم يجعل القول له لادى الى تنفير الناس عن قبول الايصاء تحرزا عن وجوب الضمان عليهم فصار امين
الميت كامين القاضي ولو كان من جهة القاضي كان القول له فيما سلط عليه فكذا امين الميت يكون القول
له الا انه يزيد ما ادعاه من الانفاق على المعتاد وهو نفقة المثل من غير اسراف ولا تقتير حينئذ يضمن الزيادة اذا
كانت فاحشة اما للتكذيب الظاهر اياه واما التفريطه بالاسراف لانه انما سلط على نفقة المثل وان اقام البينة

على نفقة المثل
وهذا يحوم النفقة

على ما ادعاه الا ترى انه لو اشترى شيا بعين فاحش بحضرة الشهود فهو الفضل لتضييعه اذا هذا تم فى
كل موضع كان القول للوصى فلزمه اليمين الا ان يحسن القاضى ان لا يكلفه فى الاشيا الظاهرة كالنفقه
وغيرها لانه ظاهر لا بد منه لما فى ذلك من ترغيب الناس فى قبول الوصايا به والاحتراز عن التنفير
عنها حسبا لباب التلبيت ودفعا لحاجة الصغير والايتام ولهذا فيا سا اصل لو ادى خراج
او جعل الاباق عند ابى يوسف رحمه الله لحاجة التخليص او تخليص العبد والغلة لهما عن ملك الماذون
والمكاتب وانما لم يامر القاضى بالوقع ما لم يقم على الرد فى راى لا يامن الحوض والعزم فلا يجب على الموصى والصبى
ما بشك وقال محمد رحمه الله ان كذبه فى الرد او تاريخ النظر او ملكه الزرع لم يصدق الا ببينة اذا قر على الغير
بدين لا على سبب كما فى دين الاتلاف وفرض النفقات وقيل ان تنازعا فى ملكه الزرع يحكم الحال كما فى الاجارة
معنى اى ولذا يصدق الوصى اذا قال للصبى بعد بلوغه اديت خراج ارضك فى كل سنة لدا الى البلوغ او
قال ان عملك ابق الى مسيرة السفر ورده رجل على فاديت اليه جعل الاباق عند ابى يوسف رحمه الله
لحاجة الوصى الى تخليص العبد من الراد وتخليص الغلة من السلطان لان الراد يحبس العبد الى ان يستوفى جعله
والسلطان يحبس الغلة الى ان يستوفى خراج الارض ولو منع صاحب الارض الخراج لا تطيب له الغلة
وصار الجعل والخراج كالعوض باعتبار ان الصبى يستفيد الملك فى العبد من جهة الراد بعد
هلاكه حكما ويستفيد الغلة من جهة السلطان بدفعه الحد وعن ارضه خارج المصر والوبل
على ان الجعل والخراج كالعوض ان الكاتب والماذون يملكان اداهما لما فيه من المبادلة الحكمية فكان
اخبار الوصى باديهما بمنزلة اخباره باد الاجرة والثمن وكذا لو اختلفا فى تاريخ ثبوت نظر الوصى وهو
وقت موت الموصى فقال الوصى مات منذ عشر سنين وقال الصبى منذ سنة او اتفقا على تاريخ النظر
واختلفا فى التمكن من زراعة الارض فقال الوصى انما تعذرت الزراعة الان لا فى الماضى وقال الصبى
لا بل كانت متعذرة فى جميع المدة لما ذكرنا من المعنى قوله وانما لم يامر القاضى بالدفع الى اخره اشارة الى جواب
سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يلتفت الى قول الوصى لما فيه من الاضرار بالصبى الا يرى انه لو
حضر رجل وقال ان هذا رد عبد الصبى من مسيرة ثلاثة ايام فمر فى بدفع الجعل اليه فان القاضى لا يامر بدفعه
لان قوله اقرار على الصبى بالدين فلا تقبل الا ببينة تقيمها على الرد بعد الاباق وتقرير الجواب ان يقال الجعل
متردد بين كونه عوضا حكما لما ذكرنا وبين كونه غرما حقيقة لكونه لم يملك بازابه شيا ففى مسيلتنا
اعتبر عوضا لوقوع الشك فى وجوب الغرم على الوصى لانكاره وجوب الضمان وفى مسيلة الامر اعتبر غرما لوقوع
الشك فى وجوب الغرم على الصبى لانكاره ما يدعيه عليه الوصى من وجوب الضمان وتقييد المصنف رحمه الله

عدم

عدم امر القاضى بكونه على راى حيث قال ما لم يقم على الرد فى راى اشارة الى ان هذا الفرق المذكور بين
هاتين المسيلتين انما هو على تقدير تسليم ان الحكم فى مسيلة الامر متفق عليه عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله
اما اذا كان على الخلاف بينهما فلا يرد اشكالا الا على قول ابى يوسف رحمه الله كما ذكر فى التحرير من ان مسيلة
الامر على الخلاف ايضا فان القاضى يامر الوصى هناك بالدفع ايضا عند ابى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد
رحمه الله محمد رحمه الله وان ذكر استشهادا فى سياق قوله لانه كثيرا ما يستشهد بالمختلف فيه على
المختلف فيه نقلا للكلام الى ما هو الاصح وقال محمد رحمه الله اذا كذبه الصبى فى رد العبد من الاباق او
فى تاريخ ثبوت نظره عليه او كذبه فى تاريخ التمكن من زراعة الارض لم يصدق الوصى عليه الا ببينة
لانه اقر على الغير وهو الصبى بدين ليس له ولا بد على سببه لان سبب وجوب الجعل اباق العبد ورد
الراد وسبب وجوب الخراج على الصبى انتقال ملك الارض من الموصى اليه وسلامة الخارج له حقيقة او حكما
وكل ذلك ليس من فعل الوصى فلا يكون داخلا تحت ولايته ولا يكون مسلطا عليه شرعا فلا يصدق
فيه الا ببينة كما لا يصدق فى اداء دين وجب باتلاف الصبى او اتلاف عبده او بفرض القاضى نفقة
الاقارب اذا لم يكن الاتلاف او الفرض معلوما وفى هذين الدينين لا يصدق اذا كذبه الصبى
الا ببينة اجماعا فى الاصح فكذا فيما نحن فيه والحاصل ان كل ما كان للوصى بد ونائبه بالاتفاق على الصبى
ويلزمه ذلك فى ذمته كالثمن والاجرة اذا ادعى اداه من مال الصبى صدق بخلاف ما يلزم الصبى لبدل التلفات
ونفقة المحارم فالجعل والخراج عند محمد رحمه الله من القسم الثانى لوجوبه على الصبى لا بعقد الوصى وعند
ابى يوسف رحمه الله من القسم الاول لوجوبه بخطاب الشرع فكان كالواجب باستيجار الوصى رجلا على رد عبد
الصبى من اباقه فابو يوسف رحمه الله اعتبر قول الوصى فى عين ما فوض اليه وفى جنس ما فوض
اليه ومحمد رحمه الله اعتبر قوله فى عين ما فوض اليه خاصة ولو تصادقا على تاريخ النظر ووجوب
الخراج صدق الوصى بالاجماع لان للوصى ولاية اداء الواجبات المالية على الصبى من ماله كنفقة الزوجة
والقريب وصدقة الفطر قوله وقيل ان تنازعا فى ملكه الزرع الى اخره اعلم ان المصنف رحمه الله
لما قرر احكام الصور الثلاث على المذهبين بناء على ما ذكر من العلة اراد والله اعلم ان ينبه على
ما علق به حكم الصورة الثالثة ايضا من اعتبار تحكيم الحال فيها على مذهب محمد رحمه الله
تعالى كما ذكر فى التحرير لتعليل قول محمد رحمه الله ان الحال وهو غلبة الماء على الارض مثلا يكذب
الوصى بتحكيم الحال وجبت فى كل امر اشكل فى الماضى كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا
فى جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال وكما لو استاجر عبدا شهرا ليعمل له عملا الى اخر الشهر والعبد

ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المالك لم يكن ذلك الا قبل ان ياتيني
بساعة فالقول قول المستاجر لان الحال يشهد له ولو جاء اخر الشهر وهو صحيح او غير ابق فالقول قول
الاجر تحكيما للحال في معرفة الماضي ولو اختلفا والارض تصلح للزراعة فالقول قول الوصي اجماعا وذكر
في الوجيز ما يشير الى ان هذا على الخلاف ايضا وان الاتفاق على تحكيم الحال فيما اذا لم تكن ممكنة
الزراعة نابه في الحال عكس ما نقلنا من التحرير بانه قال ولو اتفقا يعني الوصي والصبي ان اباه مات
منذ عشر سنين وترك ارضا فقال الوصي فرغت الارض الان وقال الصبي لم تزل كذلك فالقول قوله
تحكيما للحال كما في المستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه ومولى العبد
مع المستاجر اذا اختلفا في اباق العبد ومرضه ولم يذكر في ذلك خلافا ثم قال عقيبه وان لم تكن فعلى
الخلاف انتهى كلامه ص وان قال اديت من مالي لارجع لم يصدق في الكل ما لم يقم لحاجة
الالزام لهذا في قول اشتريت دا ونقدت وانفقت لذا وغصبني دا اصدق في حق نفسه دون ذي
اليد كالمامور بالدفع وفي قول الوكيل اشتريت ومات صدق في الثمن المنقود دون غيره ش
اي ولو قال الوصي في جميع ما ذكرناه اديت من مالي لارجع على الصبي لم يصدق اجماعا الا
ان يقيم بينة على ذلك لحاجته الى الزام المال على الصبي المنكر وفيما تقدم كان الوصي هو المنكر
لوجوب الضمان ولهذا لو قال الوصي اشتريت هذا العبد الذي في يد زيد ونقدت ثمنه من مال
الصبي وانفقت عليه مائة درهم ثم غصبه مني زيد والبد فانه يصدق في حق براءة نفسه لانه
مسلط على الشراء للصبي وعلى الانفاق شرعا فلا يضمن للصبي شيئا ولا يصدق في حق ذي اليد ما لم يقم البينة
بانه غصبه منه فصار كالمامور بدفع الوديعة الى رجل اذا قال دفعتها اليه والرجل ينكر من حيث انه
يصدق في حق براءة نفسه عن الضمان دون قبض ذلك الرجل وكذا اذا قال الوكيل بالشراء اشتريت
ونقدت وهلك عندي من حيث انه ان كان الثمن منقودا صدق في حق براءة نفسه لانه امين ادعى البراءة
عن الضمان دون قبض ذلك الرجل وكذا اذا قال الوكيل بالشراء اشتريت وان لم يكن الثمن منقودا لم يصدق
لانه يدعي الرجوع على الموكل وهو ينكر والقول قول المنكر والله اعلم

ص باب الوصية بالحج

تتعين هنا بالاحجاج من حيث الوطن لا الموت حتى للتاجر بمكة صونا للوصف الكامل اذ
تاصلت النفقة بالياس كالفدية وتمليك الاضحية حتى لم يجز ماشيا ولا بانفاق متبرع ضد الاصيل
ولا يلزم الانثى والصرورة اذ النقص لمعنى في غير الذات والفرد كالحج والنفل كالفرض الا في شرط الياس

وقد

وقد عكسا في الميت ذاهبا صونا لما اتى لا اصيل لكن الموت يقطع البنا كما في الاذان والخطبة والطواف
واصله الايسر فيما سبق الا ان لا يبلغه الثلث او سمى مبلغا فيحج من حيث يبلغ او سمى حذا الحلف او
نزل لحج النص ولا سطل بعض القدر اذ الحق لله تعالى والوصف في العين لعوض نقص الوصف لشراء
النسمة عنه اذ العتق حق العبد والوصف في الغائب اصل ش اعلم ان النيابة تجري
في العبادات المالية مطلقا لحصول المقصود وهو سد خلة الفقير بالنائب وقد صح انه صلى الله عليه وسلم
ضحى بكبشين املحين احدهما عن امته ولا تجري في العبادات البدنية مطلقا كالصوم والصلاة لان
المقصود فيها اتعاب النفس الامارة بالسوء وقهرها وذلك لا يحصل بالنائب واما في المركب من المال والبدن
كالحج ففي حالة القدرة يلمح فيه قهر النفس فيمتنع النيابة وفي حالة العجز يلمح فيه بعض المال
فيجوز النيابة وهذا في الحج الفرض واما في النفل فيجوز النيابة في الحالين لسعة بابه اذا عرفت هذا
فنقول تنفيذ الوصية بالحج انما يتحقق بالاحجاج عن الموصي من وطنه وهو البلد الذي فيه منزله
لا من المكان الذي مات فيه حتى لو دخل الرجل مكة تاجرا فحضره الموت واوصى بان يحج عنه ولم يبين من
اين يحج عنه فانه يحج عنه من وطنه رواه خلف بن ايوب عن ابي يوسف رحمه الله وهذا لان الواجب
على المستطيع اداء الحج بنفسه وانفاق المال في طريق الحج فاذا تعذر الاداء بنفسه تاصلت النفقة
في تعلق الوجوب بها كما تاصلت الفدية في الصوم عند الياس عنه والتصدق في الشيخ الفاني وكما تاصل قيمة شاة
الاضحية من الفقير عند الياس عن اراقة دمها بمضي ايام النحر وقد عرف في اصول الفقه والمعروف
ان الانسان انما ينشئ الحج من وطنه لانه الاكمل والافضل لما فيه من زيادة مشقة السفر المعين
على قهر النفس الامارة بالسوء وقد روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما في تفسير قوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله ان اتمام الحج ان تحرم به من دويرة اهلك فيحمل وصية المسلم العاقل عند الاطلاق
عليه صونا للوصف الكامل المرغوب فيه عرفا وشرعا ولهذا لم يجز الاحجاج ماشيا لانه كما اعتبر
العرف في مكان الاحجاج فكذا يعتبر في وصفه وهو كونه بالراحلة لانه الوسط اذ اعلاه في العمارية
وادناه ماشيا وكذا لا يعتبر الاحجاج بنفقة متبرع على الميت لتاصل الانفاق من ماله وذكر في
المحيط ان المامور اذا انفق شيئا من مال نفسه وفي مال الميت وفاء بالنفقة لا يصير مخالفا ويرجع
بما انفق استحسانا وان لم يكن في مال الميت وفاء بالنفقة فان كانت النفقة او اكثرها من مال المتبرع
فالحج للميت والا فلا انتهى كلامه وهذا اذا كان للميت وطن واحد واما اذا كان له اوطان مختلفة
فانه يحج عنه من اقربها الى مكة لان دخوله متيقن وما عداه مشكوك فيه الا ان يكون في غير الاقرب فيتعين ولو لم يكن

له وطن فانه يحج عنه من حيث مات لانه وجب عليه الحج من حيث هو فيه فانصرفت وصيته اليه وهذا
خلاف الاصيل وهو المحجوج عنه اذا حج بنفسه ماشيا او بنفقة متبرع عليه حيث يجوز ويسقط
عنه الحج لان سبب وجوب الحج البيت لنسبة الحج اليه وقد وجد فكان الاداء منه بعد وجود
سببه فيصح كما يصح صوم المسافر في رمضان قبل اقامته والاستطاعة بالمال ليست سببا ولكنها
شرط وجوب الاداء لان السفر الموصل للاداء لا يتيسر له بدون الزاد والراحلة الا بحرج عظيم والحرج مدفوع
شرعا ولا يلزم على ما ذكرنا من وجوب حمل الوصية عند الاطلاق على الاحجاج الافضل والاكمل
ما اذا احج الوصي عن الرجل امراة فانه يجوز مع الكراهة وكذا لو احج صرورة بالصاد المهملة المفتوحة
وهو الذي لم يحج عن نفسه ذكرا كان او انثى مع ان الافضل والاكمل احجاج رجل قد حج عن نفسه مرة
لانه ابعد من اختلاف العلماء رحمهم الله وادرى في الاداء عنه لانا نقول الحاصل فيما ذكرتم من
الصورتين نقص في غير ذات المقصود وهو الانفاق من مال الميت اذ نفقة المراة والصرورة كنفقة
غيرهما بخلاف ما قدمنا من الاحجاج ماشيا او بنفقة متبرع اذ النقص فيه في ذات المقصود
وهو النفقة فافترقا قوله والغزو كالحج اي والوصية بالغزو في اعتبار المكان كالحج حتى لو
اوصى بان يغزا عنه في سبيل الله تعالى اغزا الوصي عنه من وطنه لما ذكرنا ان الوصية عند الاطلاق
تنصرف الى الاكمل والافضل قوله والنفل كالفرض اي والحج النفل كالحج الفرض في الوصية
به الا في فصل واحد وهو انه لا يشترط في صحة الاحجاج نفلا ياس المحجوج عنه عن الاداء بنفسه
حتى ان صحيح البدن لو احج رجلا بماله تطوعا جاز كما في الوجهين ويصير للامر ثواب النفقة
في طريق الحج من حيث انه تسبب الى الحج بالانفاق او يصير المامور حاجا للامر ثواب فعله للامر والجواب
فيه باتفاق المشايخ رحمهم الله قوله وقد عكسا في الميت ذاهبا الى الحج اشار الى ان حكم وصية
الميت في طريق الحج عندهما عكس حكم غيره في انه يحج عنه من حيث الموت لا من وطنه اذا اطلق
الوصية وهذا استحسان والقياس وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ان بالموت انقطع سفره
قبل حصول المقصود به ولا يبنى عليه كما لا يبنى في الاذان والخطبة والطواف اذا مات في
اثنائها وجه الاستحسان في الاحجاج من حيث الموت صون ما اتى به الاصيل من قربة السفر عن
البطلان فيصير بعض السفر حاصلا بفعله والبعض بفعل المامور وذلك اولى من الاحجاج
من وطنه لما فيه من كون السفر كله بفعل المامور واصل هذا الفرع الامي اذا اقتدى بالقارئ بعد
ما سبق بركعة اذا سلم الامام في القياس يستقبل الصلاة ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله لان اول

صلاته

صلاته كان بالقراءة فلا يجوز ان يكون اخرها بغير قراءة فصار كالامام اذا سبقه حدث فقدم
اميا وفي الاستحسان يمضي في صلاته صونا لوصف القراءة في البعض لان اداء بعضها بقراءة اولى من اداء
كلها فصار كما لو مرض في صلاته فانه يمضي فيها بالايماء اذ لو امرناه بالاستقبال لحصل الاداء كله بالايماء
فان قيل الاحجاج من وطنه اكثر ثوابا لما فيه من ثواب الاحجاج من الوطن مضافا الى ما حصل بعمل
الاصيل قلنا الا ان ما ذكرناه اولى لوقوع بعض القربة بفعله على ما قررناه وتويد بالعرف
والشرع اما الاول فلان المتعارف في مثل هذا الموضع ارتباط البناء على فعله دون الاستقبال
واما الثاني فلان ما اتى به لم يبطل بل بقي معتبرا في حق الثواب لوقوع اجره على الله تعالى قوله
الا ان لا يبلغه الثلث الى اخره اشارة الى ان العرف انما يعتبر اذا كان في الثلث سعة ولم يسم مكانا
بدا منه بالاحجاج واما اذا لم يكن في الثلث سعة للاحجاج من وطنه يحج من حيث يبلغ
الثلث اذ وجه الوصية متى تعذر تنفيذها يجب تنفيذها بقدر الامكان وهذا هو الممكن دون الاحجاج
من وطنه لما فيه من الحيف على الوارث باعطاء زيادة على ثلث المال وكذا اذا سمى مكانا فيه سعة البداءة منه حتى
لو مات في وطنه وقد اوصى بان يحج عنه من غيره جاز وكذا اذا خرج الى مكة تاجرا فمات في الطريق
وقد اوصى بان يحج عنه من حيث مات وكذا لو خرج حاجا ومات وقد اوصى بان يحج عنه من وطنه
اذ لو اعتبر بالعرف في هذه الصور لادى الى ترك نص الموصي بدلالة العرف وذلك لا يجوز فقول
المصنف رحمه الله عند الحنفية تعليل للاحجاج من حيث يبلغ الثلث وقوله او نزل النص تعليل
للاحجاج من المكان الذي سماه قوله ولا يبطل بعض العدد الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر
وتقريره ان يقال اذا لم يسع الثلث للاحجاج من وطنه او من المكان الذي سماه وجب ان يبطل
الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله لعجز الوصي عن تنفيذها فصار كما لو اوصى بالف ليشتري بها
نسمة تعتق عنه ولم يبلغ ثلثه الفا وهناك تبطل الوصية عنده خلافا لهما فكذا هاهنا وتقرير
الجواب وهو الاستحسان ان يقال المقصود من الحج ابتغاء مرضات الله تعالى فكان الحق له
سبحانه وهو معلوم فوجب تنفيذها ما امكن والوصف في المعين لغو لعدم افتقاره اليه
في التعيين فكان الحج واقعا للموصى له سواء وقع بالقليل ام بالكثير الا ترى انه لو اوصى بان يتصدق
بالف وثلثه لا يسعها فانه ينفذ بقدر الثلث لتعين الموصى له فكذا هاهنا بخلاف وصية العتق
لان العتق حق العبد وهو غائب غير معلوم والوصف في الغائب اصل لافتقاره اليه في التعريف
فكانت الوصية لعبد موصوف بانه يساوي الفا فلا يجوز صرفها الى عبد يساوي اقل لانه

عنه ص وان عاد الحاج بفضل نفقة فاليسير مردود على الوارث لانه كفاية العامل
لا عوض اذ الحج للآمر حتى كان دم الاحصار عليه في المذهب لانه للخلاص لا النسك بعكس غيرها
والكثير يوجب عدم الوصي والاستئناف من الابعد للخلاف في المبدأ اصلا اليسير لعسر التحرز كما في الغبن
ش اي وان كان الثلث لا يبلغ الاحجاج من حيث اوصى او من وطنه فاحج الوصي رجلا من حيث
بلغ فحج المامور ثم عاد بفضل نفقة من زاد او كسوة فان كان شيئا يسيرا يتسامح بمثله عادة كالدرهمين ونحو
ذلك جاز الحج عن الميت ووجب رد الفضل الى الوارث لا ما ياخذه العامل وهو المامور بالحج من النفقة المرسلة
للحج لا باجارة لحق المعروف من ان اخذ العوض عن اقامة الطاعات لا يجوز عندنا لان المباشر للطاعة
يقع عمله لله تعالى فيمتنع تسليمه الى المستاجر فلا يجب الاجر لتعذر تسليم المعقود عليه واذا كان كذلك
كان ما يستحقه العامل بطريق الكفاية لان الحج يقع للآمر في الصحيح فكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله وغيره
فلو ركفايته في مال الآمر حيث فرغ نفسه لعمل ينتفع به الآمر كالقاضي وعامل الصدقات والزوجة
ونحوهم واذا كان المأخوذ بطريق الكفاية كان الفضل اليسير للوارث والنقص عليه والدليل على ان
الحج يقع للآمر لو احصر المامور كان دم الاحصار على الآمر على المذهب خلافا لابي يوسف
رحمه الله فانه جعل دم الاحصار على المامور لانه وجب للتحلل دفعا لامتداد ضرر الاحرام وهذا
الضرر راجع اليه فكان اللزوم عليه ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان دم الاحصار يجب للخلاص عن
ورطة الاحرام لا للنسك والآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فكان عليه خلاصه في ماله
لا على غيره وهذا الخلاف ما يجب بغير الاحصار من الدماء حيث كان الحكم فيها بالعكس فيجب على المامور
دون الآمر اما دم القران فلانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو
المختص بهذه النعمة اذ حقيقة الفعل منه واما دم الجنايات فلان المامور هو الجاني عن
اختيار وقال الهاشمي رحمه الله في شرح الجامع وروي عن محمد رحمه الله ان نفس الحج يقع عن
النائب لكن تطوعا لا فرضا وللمحجوج عنه ثواب النفقة والتسبب ويسقط
عنه الحج بذلك وهو المشهور من مذهبنا ولهذا يشترط اهلية المامور بالحج دون الآمر ولهذا
لو ارتكب المامور شيئا من محظورات الاحرام يجب كفارته من ماله والذي يؤيد ذلك ما ذكر في
الوصايا ان رجلا لو اوصى ان يحج عنه وارثا لم يجز الا ان يجيزه الورثة لان عمل الحج يقع له فيكون
نفع هذه الوصية راجعا اليه فتكون وصية للوارث فلا تجوز الا باجازة بقية الورثة ولان
الحج عبادة بدنية ومالية على ما ذكرنا والبدن للحاج والمال للمحجوج عنه فما كان من البدن

يكون

يكون لصاحب البدن وما كان بسبب المال يكون لصاحب المال انتهى كلامه هذا كله اذا كان
الفاضل من النفقة شيئا يسيرا واما اذا كان كثيرا فان ذلك يوجب عدم الوصي ما دفعه الى
المامور ويوجب استئناف الاحجاج من مكان ابعد من الاول لانه تبين انه خالف حيث ظهر انه لم يكن
الاحجاج من حيث بلغ الثلث والزيادة القليلة يمكن التحرز عنها بخلاف اليسيرة على ما ذكرنا لعسر التحرز عنها
فكانت عفوا كما في شراء الوصي والاب والوكيل وبيعهم بالغبن من حيث انه ان كان الغبن يسيرا كان
عفوا وان كان كثيرا كان مضمونا كذا هذا ص وان قيل للموصي حج او عتق ان الثلث لا يبلغه
فقال فاعينوا به في الحج او الرقاب صرف الى المكاتبين وفقراء الحاج لان اسم الحاج ان لم يشعر بالحاجة
حتى لم تصح الوصية للحاج فلفظ الاعانة يشعر لكن بشرط ان لا يبلغ الاول وفائدة ترتيب الجواب
ش رجل اوصى بان يحج بثلثه من الكوفة او اوصى بان يعتق به رقبة فقيل له ان ثلثك
لا يبلغ ما اوصيت به فقال فاعينوا به في الحج او قال فاعينوا به في العتق ففي مسألة العتق يصرف
الثلث الى المكاتبين لان المراد بالرقاب في قوله تعالى وفي الرقاب هم المكاتبون كذا عن ابن عباس
رضي الله عنهما وروى الكرخي رحمه الله عن ابي يوسف رحمه الله انه لو اعطى الى عبد يشترى به فيعتق
جاز لان الاعانة قد حصلت في تلك الرقبة والاول اصح واما في صورة الحج فيصرف الثلث الى فقراء الحاج
قوله لان اسم الحاج ان لم يشعر بالحاجة الى آخره اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره ان
يقال الموصى له مجهول جهالة لا يمكن استدراكها فوجب ان تبطل لان الحاج قوم لا يحصون
والاسم لا يشعر بالحاجة والفقر لعله ليصح باعتبار كونه وصية لله تعالى ولهذا لا تصح الوصية
للحاج لتناوله الغني والفقير فصار كالوصية لبني فلان وهم لا يحصون وتقرير الجواب وهو
الاستحسان ان يقال اسم الحاج وان لم يشعر بالحاجة كما ذكرتم الا ان لفظ الاعانة
يشعر بها لان الاعانة انما تكون للمحتاج دون الغني فصار كانه قال اعينوا به المحتاج
من الحاج ولو نص على هذا صحت الوصية وصرف الثلث الى فقراء الحاج فكذا هذا بخلاف الوصية
للحاج لعدم الشعور بالحاجة مطلقا فافترقا وهذا كله بشرط ان لا يبلغ ثلث الموصي ما اوصى
به من الحج واما اذا بلغ ذلك فلا يعدل عما اوصى به لان قوله فاعينوا به في كذا جواب لقول
القائل ان ثلثك لا يبلغه والجواب يتضمن اعادة الكلام ليترتب عليه فصار كانه قال
ان كان لا يبلغ ما اوصيت به فاعينوا به فيه ولو نص على هذا كانت الوصية بالاعانة
مرتبة على الوصية الاولى فيجب تاخيرها عن الاولى تحقيقا لترتيب الجواب على ما تقدم والله اعلم

ضرب في اجازة وصايا المورث

هي ان كانت في مرض المجيز كانت وصية منه بالموقوف اسوة وصاياه لانها اسقاط كالابرا
الا ان يكون فيها العتق فيبدأ اما بالنازل بالموت ام قبله ترجيحا باللزوم ضد ما يحله الا ان يكون
المجاز عتقا مثله فيكون الثلث بينهما بقدر الحق للتساوي في القوة حتى لو لم يترك غيرهما
سعى الثاني في ستة والاول في اربعة اتساعه اذ ضم ثلثاه الموقوف الى الثاني فبلغ خمسة عشر اذ
الواس تسعة مخرج ثلث الثلثين وقسم ثلثه اخماسا مثل الوصايا الحاقا للتنفيذ بالانشا الا ان يكون
فيها محاباة فترجح العتق ان لحقت وترجح ان سبقت عنده اذ ساوته في اصل اللزوم ملحقا بما
زاد بدليل الدين وترجيحا للبيع بالسبق جار افوته وبالحرف كان نصف الثلث للمحاباة الوسطى
والنصف للعتق في الطرفين والنصف للمحاباة الاولى والنصف بين عتق ثلثها ومحاباة ثلثه
الا ان يتزيدين فيقدم فكا للرهان كالفرض في الوصية بحقوق الله تعالى وان السلطان على الف
ولذا على الف قدم دين المورث اذ لا في العين حسب السلطان والعطف لا بغيرها فكان بغير الحكم في
الوارث ضد ولذا على الف التغيير بالخاص ضد المفضول وان عكس خاصا اذ زعم آخر انه جهل او سلط
او لا ليطى ذا الالف ودليله وعلى ابي والعكس معي اعلم ان اجازة الوارث وصايا مورثه ان كانت
في مرض المجيز بان ترك الميت وارثا وقد كان اوصى لرجل بجميع ماله فمرض الوارث ثم اجاز وصية مورثه
صح اذ لم يعترض على ما توقف على اجازة الوارث ملك بات لغيره وكانت اجازته وصية منه بالقدر
الموقوف على اجازته اسوة سائر وصاياه فتعتبر من ثلثه وهذا لان اجازته اسقاط حق نفسه
فكانت تبرعا بمنزلة الابرا قوله الا ان يكون فيها عتق المجيز اشارة الى انه اذا كان في الوصية عتق من
الوارث بان اعتق عبدا له في مرضه قيمته قدر ثلث ماله او علق عتقه بموته وكان قد اجاز وصية
مورثه فانه يبدأ بتنفيذ العتق النازل سواء نزل بموته بان كان علقه بموته ام نزل قبل موته بان
كان نجز في مرضه ترجيحا للعتق باللزوم اذ ليس هو بقابل للفسخ ويؤيده ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
اذا اجتمعت الوصايا وفيها عتق يبدأ بالعتق وهذا الخلاف لا لاجازة لانها وصية كما قررنا والوصية
قابلة للفسخ وهذا بخلاف العتق اللازم بعد الموت فيما اذا اوصى الوارث بان يعتق عبده بعد موته
حيث لا يقدم على اجازة الوصية لان الوصية بالاعتاق غير لازمة لانها كسائر الوصايا
تبرع قابل للفسخ بالرجوع قوله الا ان يكون المجاز عتقا مثله الى آخره اشارة

الى

الى ان العتق النازل بالموت او قبله انما يقدم على الاجازة اذا لم يكن المجاز عتقا مثل العتق النازل
من الوارث اما اذا كان المجاز عتقا مثله بان اعتق المورث في مرضه عبدا ومات وللوارث
عبد آخر غيره فاعتقه في مرضه واجاز اعتاق المورث ومات فانه لا يقدم واحد منهما على صاحبه
بل يكون ثلث مال الوارث بين العبدين على قدر حقوقهما لاستوا التصرفين في القوة حتى لو الوارث
والمورث لو لم يتركا الا غير العبدين سعى العبد الثاني وهو عتيق الوارث في ثلثي قيمته عند عدم
اجازة ورثة الوارث لنفوذ العتق في ثلثه من غير توقف ويسعى الاول وهو عتيق المورث في اربعة
اتساع قيمته وهذا لان اعتاق المورث نفذ في ثلث عبده وتوقف ثلثاه على اجازة وارثه فلما اجاز
نفذت اجازته في ثلث الثلثين فاحتجنا في الحساب لتلك الثلثين الى عدد له ثلث واقله تسعة فصار كل واحد
من العبدين على تسعة اسهم فالعبد عتق منه ثلثه وذلك ثلاثة من تسعة باعتاق المورث وتوقف
عتق بقية فضم الثلثان الموقوفان من رقبته الى رقبة العبد الثاني فبلغ مجموع السهام بعد ثلث المورث
خمسة عشر لما ذكرنا من ان الرقبة صارت على تسعة اسهم مثل مخرج ثلث الثلثين ثم قسم ثلث الخمسة عشر
وهو خمسة اسهم بين العبدين اخماسا لان وصية الاول بثلثي رقبته فكان له سهمان منها مضافا الى ما
عتق منه باعتاق المورث وذلك ثلاثة فصار المجموع خمسة من تسعة ويسعى في اربعة اتساعه
كما ذكرنا واما العبد الثاني فوصيته برقبته كاملة فكان له ثلاثة اسهم منها وذلك ثلاثة اتساع ويسعى في
ستة اتساعه وذلك ثلثا رقبته كما ذكرنا فان قيل كان ينبغي ان يقسم ثلث مال الميت الثاني
بين العبدين نصفين لان كل واحد منهما موصى له باكثر من الثلث والموصى له عند ابي حنيفة رحمه الله ان الموصى له
باكثر من الثلث لا يضرب الا بقدر الثلث فوجب ان يكون الثلث بينهما نصفين قلنا الموصى له بما زاد على
الثلث اذا كان اجنبيا انما لا يضرب باكثر من الثلث لان وصيته بالزيادة تبطل برد الورثة اصلا
ويلتحق بالعدم فلا يضرب به واما فيما نحن فيه فالوصية اذ بطلت في حق المالية حتى وجب على
العبد رد ماليته ما وراء الثلث بالسعاية لم تبطل في حق سقوط الرق فيما زاد على الثلث فلم
يلتحق بالعدم فيعتبر في معنيه فيستحق الضرب بجميعه قوله الحاقا للتنفيذ بالانشاء اشارة الى
جواب سؤال مقدر وتقريره ان يقال هذا الجواب انما يستقيم على قول ابي حنيفة رحمه الله لكون الاعتاق
عنده متجزيا فاما ان نجعل اجازة الوارث اعتاق المورث بمنزلة انشائه ابتداء في العبد الاول فلما
على قولهما فيجب ان يكون العبد الثاني مقدما على الاول لان اجازته الاعتاق ليس باعتاق ولانه
مما لا يتجزى بل هو هبة له على الاول من بدل السعاية واذا كان كذلك صار كانه وهب ماله في مرضه لرجل

واعتق عبده ولو كان كذلك كان صاحب العتق مقدما كذلك هاهنا وتقرير الجواب ان ابطال الاجازة تنفيذ
لاعتاق المورث وابطال حقه فكان التنفيذ في حقه مع ان له ان لا ينفذ بمنزلة الانشاء لا بمنزلة الهبة
والابراء عن السعاية بخلاف ما لو وهب واعتق لانه هبة حقيقة وحكما فكان الاعتاق اولى الا ترى
انه لو اعتق عبدا واوصى بما زاد على الثلث فاجاز الوارث ذلك كله كان العتق اولى ثم ما بقي صرف الى
الوصية ولو كان العتق كالوصية لغيره لاستويا وليس كذلك فظهر ان بالاجازة الوصية بالعتق كالعتق
لا كالوصية بالمال المنقول الا ان يكون فيها محاباة الى اخره اشارة الى ان العتق اذا اجتمع مع البيع المحاباة
في المرض مختلف فيه فعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يبدا بالعتق لانه اقوى من المحاباة لاحتمالها الفسخ
دونه فكان اولى سواء سبق المحاباة او تاخر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالمحاباة ان كانت لاحقة
ولحقت العتق فلا يقدم واحد منهما على الاخر وان كانت سابقة على العتق ترجحت عليه وكانت اولى
بالتقديم وهذا لان المحاباة قد ساوت العتق في اصل اللزوم وهو عدم احتمال الفسخ من جهة
الموصي وما زاد به العتق على اصل اللزوم من عدم فسخه مطلقا وما ذكروا ملغى لا يعتبر في الترجيح به الا ترى
ان الدين مما ينفسخ ومع ذلك فهو مقدم على العتق اجماعا فقول المصنف رحمه الله ملغيا منصوب على انه
حال من الضمير العائد على ابي حنيفة رحمه الله في قوله عنده والتقدير وترجح المحاباة ان سبقت العتق عند
ابي حنيفة رحمه الله حال كونه ملغيا ما زاد على اصل لزوم العتق من تعذر الفسخ بدليل مسالة
الدين كما ذكرنا واذا استوت المحاباة والعتق في القوة من هذا الوجه ففي صورة تقدم المحاباة ثبت لها مرجحان
احدهما ثبوتها بعقد المعاوضة وهو البيع والثاني سبقها على العتق لان التقدم يدل على الاهتمام
فوجبت البداءة بها وفي صورة سبق العتق ان كانت المحاباة راجحة باعتبار ثبوتها بعقد المعاوضة فالعتق
راجح بسبقه فكان السبق جابرا لما فاته من ترجح الثبوت بعقد المعاوضة فاستويا حينئذ فقول
المصنف رحمه الله جابرا منصوب على انه حال من المجرور وهو السبق والعامل في الحال فيه المصاحبة
ودونه منصوب على انه مفعول لجابر اي العتق بوقوع ترجح المحاباة ثبوتها بعقد البيع المصاحب للسبق
حال كون السبق ايضا جابرا لما فات العتق من ترجح الثبوت بعقد البيع حتى ساواها عند سبقه عليها قوله
والحق كان نصف الثلث للمحاباة الوسطى الى اخره وبالاصل الذي قررناه لابي حنيفة رحمه الله من ان
المحاباة اذا كانت لاحقة للعتق كانا سواء واذا كانت سابقة كانت راجحة لو ان المريض اعتق عبدا
ثم حابى ثم اعتق عبدا اخر ولم يجز الورثة كان نصف الثلث للمحاباة والنصف للعتق في الطرف السابق على المحاباة
وفي الطرف اللاحق لها لان الثلث يقسم بينها وبين العتق الاول لاستوائهما فيكون نصف الثلث لها ثم ما اصاب

العتق

العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما وتجانسهما واما اذا حابى ثم اعتق ثم حابى يكون
نصف الثلث للمحاباة الاولى والنصف بين العتق الذي يلي المحاباة وبين المحاباة التي تليه لان المحاباة
الاولى مقدمة على العتق في جميع الثلث فيقسم بينها وبين المحاباة الثانية نصفين لاستوائهما ثم
ما اصاب المحاباة الثانية يقسم بينها وبين العتق لاستوائهما وهذا كله اذا لم يقر الوارث بدين اما اذا
اقر بدين على نفسه او على مورثه فيقدم الدين على اجازة الوصايا سواء كانت وصايا عتق ام غيره
وسواء تقدمت الوصايا على الاقرار بالدين ام تاخرت لان الترجيح بالسبق انما يتحقق عند المساواة
في القوة ولا مساواة بين الدين والوصايا المانعة من قلب الوصية المرتهنة بالدين بعضا كما اذا اجتمعت
الوصايا بحقوق الله تعالى وهنا تقدم الفرائض فيها من قبل وقيمته المرتهنة بالفرض اما اذا ندبها
على النوافل في الذكر فظاهر واما اذا اخرها فلان الظاهر من حاله تقدم الوصية بالفرض على النفل فيحمل عليه تحسينا
للظن به قوله وان قال كذا على ابي الف الى اخره لما تقدم الكلام على حكم اقرار الوارث باحد الدينين مع اجازته
وصية المورث شرع المصنف رحمه الله في بيان حكم اقراره بالدينين مع الاجازة اذا عرفت هذا فنقول
اذا اجاز الوارث وصية المورث ثم اقر بالدينين فلا يخلو اما ان يقدم الاقرار بدين المورث على الاقرار بدين
نفسه واما ان يعكس فان قدم دين المورث بان قال لهذا الرجل على ابي الف درهم ولهذا الرجل الاخر
علي الف درهم فانه يقدم دين المورث لان الاقرار به لاقى عين التركة دون الذمة اذ لا سلطان
للوارث على اشاعة في ذمة المورث بعد خرابها بالموت وله سلطان على اشاعة في عين التركة
بان يجعل اقراره امانة لم يملك العين ولهذا يبقى ببقاء عين التركة ويسقط بهلاكها واذا كان اقرارا
بالعين فبوجوده تعلق به حق المقر له ولم يتوقف على اخر كلامه اذ ليس في اخر كلامه ما يغير موجب
اوله فان موجبه ان عين التركة لم تكن مملوكة له قط وذلك لا يتغير بعطف الاقرار بالدين على نفسه
وان كان موصولا فكان العطف تقريرا للاول كما في الوارث اذا عطف بها طلاقا غير المدخول بها في قوله
انت طالق وطالق وطالق وهذا بخلاف ما لو كان الاقرار الثاني على الميت ايضا بان قال ولهذا الرجل الاخر
على ابي الف درهم لان موجب كل واحد من الاقرارين استحقاق عين التركة فكان الثاني مغيرا للاول
من استحقاق جميع التركة الى المحاصة بينه وبين الثاني فيتوقف اول الكلام على اخره فيصير اقرارا بالدينين
معا بخلاف ما اذا فرقهما بكلام مفصول لانه لما فصل صار جميع التركة مستحقا للاول فكان
الاقرار الثاني مصادفا محلا مشغولا بحق غيره فلا يعتبر هذا كله اذا اقر بدين ابيه اولا واما اذا عكس
فبدأ بدين نفسه بان قال لهذا الرجل على الف درهم ولهذا الرجل على ابي الف درهم فانهما يتحاصان

لان الوارث لما اقر اخرا بدين ابيه والاقرار بدين الاب بلاقى عين التركة كان كالاقرار بالوديعه من حيث
المعنى اذ اقرار زعم منه انه حق الوديعه او سلط غريم نفسه على استحقاقها باقراره له اولا
والاقرار بوديعه مستهلكه او بوديعه قد جعلها بمنزلة الاقرار بالدين فصار اقراره بهما على نفسه
بدينين مستويين فيتحاصان فى التركة نظير الصورة الاولى ما اذا قال الوارث هذا الالف وديعه
عند ابى لفلان وعلى ابى الف لهذا الرجل من حيث ان الاقرار بالوديعه مقدم على الاقرار بالدين لان موجب
الاول استحقاق ملك العين و موجب الاقرار الاخر استحقاق فى الذمة على ان يكون مستوفى من العين ولعدم المجانسه
لم يتحقق العطف فكان الموصول والمفصول سوا ونظير الصورة الثانية بالعكس وهو ما اذا قال على
ابى الف درهم لهذا الرجل وهذه الالف وديعه لفلان من حيث انهما يتحاصان لانه لما قدم الدين استحقه
الغريم فكان الاقرار بالوديعه مصادفا حق الغير فمنع ذلك اختصاص المودع بالعين لما ثبت من اطلاق حق
الغريم والغلب اقرارا بالدين لما قلنا من انه اقرار بوديعه مستهلكه او بوديعه جهلها المورث عند
موته فصار اقرارا بدين لما قلنا **ص** وان كانت فى صحته فالموقوف للمجاز له الاول ترجيحا
بالسبق اذ نفذت بنفسها الا للموت لحصه المقبوض على عكس الاجازه فى المرض والوصيه ولهمه المجيز للغرم
ان اقر بعدها بدين على المورث لحذا بزعمه فى الاتلاف لا للنقص كالواقر بعد هذه النوبة لو قال كذا على
ابى بل كذا او دفع الى الاول بلا حكم **ص** لما انتهى الكلام على حكم اجازة الوارث فى مرضه شرع
المصنف رحمه الله فى بيان احكامها اذا كانت فى صحته فقال رحمه الله وان كانت اى اجازة الوارث فى
صحته فالتصرف الموقوف للمجاز له الاول عتقا كان او عينا ترجيحا للوصيه المجازة لسبقها على غيرها
لانها انفذت بنفس الاجازة لا بموت المجيز وهو الوارث فصار كما لو وهب من اجل عينا مقبوضه
فى بله وهذا لان تصرف المورث صحيح فى نفسه وانما توقف فيما عدا الثلث لحق الوارث واذا
اسقط حقه بالاجازة نفذ من الاصل ثم العتق بعد ذلك والاقرار بالدين لا يغير فيسلم
للاول وهذا عكس اجازة الوارث وصيته فى مرضه لان نفوذها انما هو بموته لا بنفسها
لاعتبارهما من الثلث فافترقا قوله و لحصه المجيز الخ اشار الى ان المجيز وهو الوارث يضمن للغريم
ما اخذ المجاز له ان كان قد اقر له بعد الاجازة بدين على المورث لانه زعم انه اجاز وصيه ابيه وعلى
ابيه دين فالثانى اخذ له بزعمه فى الاتلاف دون النقص فصار كما لو اقر بدين المورث بعد ان وهب التركه
من رجل وكما لو قال لهذا على ابى الف درهم بل لهذا او دفع الى الاول
بغير حكم القاضى وهناك يضمن للثانى اخذ له بزعمه

الاتلاف

اقرار بدين فيستويان اما هنا فبخلافه لان الاقرار بالدين اقوى من الاجازة فيقدم
كدعوى الاستيلاد مع دعوى التحرير **ص** ولو مات عن الف موصيا لزيد ثلثه
بالف ولعمرو بالف فاجازها الوارث فى الصحه فالثلث لهما بالوصيه والباقى للمجاز له
اولا اذ طرأ له ملك بات على الموقوف للثانى لا يلزم الموت عن العين لفقد التزاحم ولا الا
معا او فى حال المرض لفقد رجحان او بات وسبق اذ النفاذ بالموت حتى كان العين
للاول فى هبة الصحة ولهما فى المرض فلو مات الاب عن الف موصيا به لزيد والابن
عنه وعن مثله موصيا بهما لعمرو واجازها قد الكل فى المرض فلزيد ثلث الف ولعمرو
ثلث الباقى وهو خمسة عشر سهما اذ كل الف تسعه كما مر ثلث الباقى بعلمه وهو
عشر بينهما اسباعا عندهما اذ بقى من حق عمرو عشره اسهم ومن حق زيد اربعه
اذ بطل فى سهمين استحقهما عمرو واخماسا عنده اذ لا يضرب الموصى له باكثر من الثلث
ولا المزدحمان على عين باكثر من نصفها ويضرب عمرو بثلاثة وثلث ولزيد بسهمين
س رجل مات عن الف درهم لا مال له غيرها وقد كان اوصى لزيد بالف
ولعمرو بالف فاجازهما الوارث فى صحته مرتبا فالثلث بينهما نصفين بالوصيه
والباقى للذى اجيزت وصيته اولا وهذا لان الوصيتين لما توقفتا على اجازة
الوارث واجاز احدهما فقد قصد التمليك من المجاز له اولا فصارت اجازته بمنزلة
هبه مقبوضة للموهوب له لما ذكرنا قبل هذا فملكه ملكا باتا بدليل انه لا يحتمل
النقض بوجه ما والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله فبطلت وصية
الثانى فيما زاد على الثلث ضرورة ولا يلزم على ما ذكرنا ما اذا مات الموصى عن العين
حيث لا يتقدم احدهما على الاخر لفقد المزاحمه بينهما اذ لا حق لاحدهما فيما اوصى
به للاخر وكذا لا يلزم ما اذا اجازهما الوارث معا فى صحته او متعاقبا فى حال المرض حيث
كان الكل بينهما لعدم الاسباب الموجبه للاولويه اما فى الاول فلعدم رجحان احدهما
على الاخر فى الوصية ولعدم طرو الملك البات له لان اجازة كل وصيه منهما لا فت
وصيه موقوفه فصحتا واما فى الثانى فلان اجازة احدهما وان تقدمت على الاخرى
لكن لا سبق لها من حيث النفاذ اذ نفاذها بموت الوارث الا ترى ان الرجل لو وهب
عينا لانسان وسلمها ثم وهبها من اخر وسلمها ان كان ذلك فى صحته كانت العين

للاول دون الثاني لسبق استحقاق الاول وان كان ذلك في مرضه كانت العين بينهما
لان الهبة في المرض كالمضافة الى ما بعد الموت حتى تعتبر من الثلث فاذا مات تبين
ان الهبة للثاني صادفت ملكه ايضا وتوقف الحساب على وقت النفاد
وهو ما بعد الموت قوله فلو مات الاب الى آخره اشارة الى التفريع على ما تقدم
من الاصول اذا عرفت هذا فنقول اذا مات الاب عن الف درهم لا مال له غيرها
وقد كان اوصى بها لزيد ولم يجز الابن وصية ابيه ثم مات الابن عن الف ابيه
وعن الف لنفسه وقد كان اوصى بالالفين لعمرو فاجاز الحافد وهو ولد الابن
الوصيتين في مرضه ثم مات ولم يجز وارثه تصرفه فلزيد ثلث الف
بالوصية الاولى ولعمرو ثلث الباقي والداخل بعد وصية زيد الف وثلثا الف
وذلك خمسة عشر سهما لانا جعلنا كل الف تسعة اسهم كما مر لحاجتنا الى عدد
لتثليثه ثلث قدر نصيب عمرو من الف الاب فكان مجموع الالفين ثمانية عشر
كل سهم مائة واحد عشر درهما وتسع درهم اخذ زيد ثلث الف كما ذكرنا وذلك
ثلاثة اسهم بقي خمسة عشر كما قررنا يكون لعمرو منها ثلثها وذلك خمسة سهمان من الف
الاب وثلاثة من الف الابن فكان مجموع ما لزيد وعمرو بغير اجازة ثمانية اسهم
ثم الباقي بعد ذلك وهو عشرة اسهم مجموعها الف ومائة واحد عشر درهما وتسع درهم
يكون ثلثها وذلك ثلاث مائة وسبعون وثلاثة اتساع درهم وثلث تسع درهم
بين زيد وعمرو اسباعا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذ عندهما الموصى له باكثر
من الثلث يضرب بجميع حقه والمزدحمان على عين واحد يضرب كل منهما بجميع تلك
العين وقد بقي من حق عمرو عشرة اسهم لان حقه كان في خمسة عشر وصل اليه
خمسة سهمان من الف الاب وثلاثة من الف الابن وذلك في عشرة ستة من الف
الابن واربعة من الف الاب وبقي من حق زيد اربعة اسهم لان حقه كان في تسعة
وصل اليه ثلاثة منها بغير اجازة واستحق عمرو من محل وصيته الاولى سهمين وهو ثلث
الستة الباقية من الف الاب واذا كانت سهام الوصيتين اربعة عشر رددناها
الى النصف وذلك سبعة لتباين العددين من الموافقة بالنصف واذا كان كذلك احتجنا
الى قسمة محل الوصية وهو ثلث العشرة التي بقيت للحافد بين الموصى لهما على سبعة

فيبتدى

فيبتدى بقسمة الكسر الذي مع الثلاثة وهو ثلث سهم فنجعله على سبعة قدر سهام الموصى
لهما واذا صار ثلث السهم سبعة صار السهم الكامل احدا وعشرين فيكون حينئذ مجموع الثلاثة
الاسهم والثلث سبعين جزءا واذا صار ثلث مال الحافد سبعين جزءا كان ما يخص وارثه وهو
الثلثان مائة واربعين جزءا فكل سهم فيصير جملة مال الحافد وهو العشرة الاسهم مائتين
وعشرة اجزاء فكل سهم احد وعشرون واذا كانت العشرة الاسهم مائتين وعشرة اجزاء
كانت حصة الالف وهي تسعة اسهم مائة وتسعة وثمانين جزءا فيصير مجموع الالفين
ثلثمائة وثمانية وسبعين جزءا حصل لزيد بالوصية الاولى ثلث الالف وذلك
ثلاثة وستون جزءا وبالوصية الثانية سبعا ثلث مال الحافد وذلك عشرون جزءا
عنها اربعمائة وتسعة وثلاثون درهما وتسع درهم وثلث تسع درهم وسبع ثلث تسع
درهم منها بغير اجازة ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم وبالاجازة و
الشركة مائة وخمسة دراهم وسبعة اتساع درهم وثلث تسع درهم وسبع ثلث تسع درهم
وحصل لعمرو من خمسة اتساع الالف بغير اجازة وذلك مائة وخمسة اجزاء ومن
بالاجازة والشركة خمسة اسباع ثلث مال الحافد وذلك خمسون جزءا بلغ مجموع وصيته
مائة وخمسة وخمسين جزءا عنها ثمانمائة وعشرون درهما وتسع درهم غير سبع ثلث
تسع درهم منها بغير اجازة خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة اتساع وبالاجازة و
الشركة مائتان واربعة وستون درهما وخمسة اتساع درهم غير سبع ثلث تسع
درهم فجميع الوصيتين الف ومائتان وتسعة وخمسون درهما وتسعا درهم
وثلث تسع درهم وبقي للوارث مائة واربعون جزءا عنها سبعمائة واربعون درهما وستة
اتساع درهم وثلثا تسع درهم وجملته الفان واستقام وانما انفسخت وصية
زيد في قدر سهمين لانه اعترض عليها حال توقفها ملك وارث لعمرو فبطلت
لما ذكرنا قبل هذا الايقاف فما اعترض ايضا على الاربعة اسهم الباقية من الالف
الاول حال توقفها ملك وارث لغيرهم توقفت الوصية على اجازته وهو الحافد
لانه وارثها من الميت الثاني فوجب ان تنفسخ وصية زيد فيها ايضا لانا
نقول لم يعترض ملكا باتا بل ملك موقوف لان الميت الثاني ملكها ملكا موقوفا
لينتقل الى ولده كذلك ولهذا لو كان الموصى به قريب الوارث لا يعتق عليه

اذا خرج من الثلث وكذا اذا لم يخرج ما لم ترد الوصيه واما عند ابي حنيفة رحمه الله
فيقسم ثلث العشره بين الموصى لهما فيكون لخامسا لعمرو ثلاثة اسهم وثلث سهم
ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يضرب الموصى له ما كثر من ثلث المال باكثر من
الثلث لما عرف من مذهبه ولزيد سهمان اذ لا يضرب عنده احد المزوجين
في عين باكثر من الثلث ~~لما عرف من مذهبه~~ بصفها وقد زاحم الموصى لهما في
الاربعة الاسهم التي بعد من الف الاب كما ذكرنا اذا عرفت هذا فنقول اذا
انتهينا الى ان الباقي للحافد عشرة اسهم واجاز الوصيتين في مرضه اعتبرت
الاجازة من ثلث العشرة وذلك ثلاثة وثلث منها فيقسم بين زيد وعمرو على
خمسة وثلث كما ذكرنا وهو المراد بقول المصنف رحمه الله ولخامسا عنده وانما
لم ينص على الكسر الزايد وهو الثلث واقتصر على قوله اخماسا لما سبق قوله
قبل ذلك اسباعا عندهما واعتمادا منه على ما ذكره بعد ذلك من بيان الكسر
الزايد على الخمسة بقوله ويضرب عمرو بثلاثة وثلث واذا كان كذلك فيتدارك
بتسمية الكسر الذي مع الثلاثة فيجعله على خمسة وثلث واذا صار ثلث الجزء
خمسة وثلثا صار الجزء الكامل ستة عشر لضرورة فيكون مجموع الثلاثة اجزا
وثلث الجزء ثلاثة وخمسين وثلثا اذا قسمت على خمسة وثلث خص الواحد
عشرة اسهم فيكون لزيد منها حصة سهمين وذلك عشرون من ثلاثة
وخمسين ولعمرو حصة ثلاثة وثلث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث واذا صار
ثلث مال الحافد ثلاثة وخمسين وثلثا كان ما خص وارث الحافد وهو
الثلثان مائة وستة وثلثين فيكون الكل مائة وستين واذا صار العشرة
الاسهم الباقية للحافد مائة وستين كانت كل الف على مائة واربعة
واربعين لان الالف الكاملة تسعة كما ذكرنا حصل لزيد من ثلث الالف
الاولى بالوصية الاولى وذلك ثمانية واربعون ومرة بالوصية الثانية
عشرون فكان مجموع ما اصابه بالوصيتين ثمانية وستين جزءا من مائة
واربعة واربعين جزءا من الف درهم وحصل لعمرو مرة خمسة اتساع الف
وذلك ثمانون ومرة ثلاثة وثلاثون وثلث فكان مجموع ما اصابه بالوصيتين

مايه

مائة وثلاثة عشر جزءا وثلث جزء من مائة واربعة واربعين جزءا من الف وحصل
لورثة الحافد من العشرة الباقية له ثلثاها وذلك ثلثا الف وثلثا تسعها
وذلك مائة وستة اجزاء وثلثا جزء من مائة واربعة واربعين جزءا من الالف
فبلغ مجموع الاجزاء مائتان وثمانية وثمانون جزءا وذلك مجموع الالف من
حيث الاجزاء واما بيان ما يصيب كل واحد من الدراهم [اي اجزاء الالفين] فنقول اذا
قسمنا كل الف على مائة واربعة واربعين جزءا اصاب كل جزء ستة دراهم
ونصف درهم وربع درهم وثمن درهم ونصف ثمن درهم وجزء من مائة
واربعة واربعين جزءا من درهم حق زيد في ثمانية وستين جزءا من مائة
واربعة واربعين جزءا من الالف مضروبة في الستة دراهم وكسورها
فمبلغ اربعمائة درهم واثنين وسبعين درهما وتسعي درهم وحق عمرو
في مائة وثلاثة عشر جزءا وثلث جزء من مائة واربعة واربعين جزءا من الف
مضروبة في الستة وكسورها فبلغ سبعمائة وسبعة وثمانين درهما
وثلث تسع درهم وحق وارث الحافد في مائة وستة اجزاء وثلثي جزء من مائة
واربعة واربعين جزءا من الف مضروبة في الستة وكسورها فبلغ سبعمائة
واربعين درهما وستة اتساع درهم وثلثي تسع درهم والله اعلم بالصواب

ص باب من هبة المريض

ش اعلم ان هذا الباب في ترتيب الوجيز والتحرير من الابواب
المتفرقة في اخر الكتاب نقل الى هنا لمناسبة ص وهي بشرط العوض
تقتضي شروط نفسها ابتداء حتى التقابض والافراز وحكم البيع انتهاء حتى الشفعة
والرد بالعيب والرؤية وضمان العهدة والغرور وفاقا لا باللفظ والغنى ولا يلزم
ان هبة المنعقدة بشرط العوض اجارة ابتداء وانتهاء اذ التقابض بعد شيوع الحكم
مشروط بالبقاء والغنى عند تعدد الجمع راجح بدليل بعكس الحوالة والكفالة بشرط
طلب الاصل وبراءته ش اعلم ان الهبة بشرط العوض تقتضي شروط
نفسها في الابتداء حتى في وجوب التقابض بعد القسمة والافراز حتى لو وهب

نصف هذا الكر على أن يعوضه نصف هذا الثوب اشتراط في ثبوت الملك لكل
منهما فيما سمي له تسليمه إليه بعد قبضه وإقراره ولهذا كان لكل منهما أن يمتنع عن
التسليم وأما في الانتهاء وهو ما بعد التقابض فيقتضي أحكام البيع حتى في ثبوت
حق الشفعة في العقار وثبوت حق الرد بالعيب وخيار الرؤية وثبوت ضمان
العهدة وضمان الغرور وهذا لأن تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه
يوجب اعتباره في الابتداء بلفظه وفي الانتهاء بمعناه رعاية للفظ والمعنى
جميعا كعقد الهبة في المرض فإن ابتداءه معتبر بلفظه حتى اشترط القبض
وعدم الشيوع وانتهاؤه معتبر بمعناه حتى تأخر عن الدين واعتبر من
ثلث المال ولو صح أن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن
وجب اعتبار المعنى إلا إذا تعذر الجمع بينهما للمنافاة ولا منافاة هنا إذ
شرط العوض لا ينفي حقيقة التعويض وحقيقة التعويض لا ينفي
حقيقة الهبة فلا ينفي شرط العوض بالطريق الأولى قوله ولا يلزم
إلى آخره إشارة إلى الجواب عن قول زفر رحمه الله حيث قال الهبة بشرط العوض
بيع ابتداءً وانتهاء اعتبارا للمقصود إذ هو الذي ينبني عليه الحكم ألا ترى أنه لو قال
وهبت منافع هذه الدار شهرا بعشرة دراهم كان إجارة ابتداء وانتهاء ولهذا يلزم
بنفس العقد قبل الاستيفاء فكذا تمليك العين قلنا لا نسلم هذا الحكم إذ لا يلزم
الإجارة بدون استيفاء المنفعة فإنه حكي عن الشيخ الإمام أبي طاهر الدباس
أنه قال كنا في تدبر جواب هذه المسألة فوجدت رواية عن أبي حنيفة
رحمه الله أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وتقرير الجواب بعد تسليم ما استشهد به
من الحكم أن الفارق ثمة وهو اعتبار موجب المعنى بعد اعتبار موجب اللفظ شروط
بقاء المعقود عليه كما قلنا في هبة العين والمعقود عليه في الإجارة وهو المنفعة
لا يبقى زمانين فلم يمكن اعتبار الموجبين فصرنا إلى الترجيح لتعذر الجمع بينهما
وموجب المعنى عند تعذر الجمع بين الموجبين راجح على موجب اللفظ بدليل
تعاكس الحوالة والكفالة ألا ترى أن الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة والكفالة
بشرط براءة الأصيل حوالة ترجيحا للمعنى في الصورتين عند تعذر الجمع بين موجب

اللفظ

اللفظ بدليل تعاكس الحوالة والكفالة ألا ترى أن الحوالة بشرط مطالبة الأصيل
كفالة والكفالة بشرط براءة الأصيل وموجب المعنى فيهما وإذا ترجح جانب المعنى
في مسألة هبة المنفعة بشرط العوض كانت إجارة ابتداء وانتهاء صح
فلو ساوى العوض ثلثها ولم يترك سواه ففي الجنسين أو جنس غير ربوي
يرد ثلث الهبة دون العوض ولو بعد أخذ الشفيع ليسلم للوارث ضعف
المحاباة وفي الجنس الربوي يرد نصف الهبة والعوض لتعذره عدلا إذ
غيره حيف أو ربوا ودفع المحاباة محال لأن الزيادة إن لم يلحق أصل العقد
كانت تبرعا مبتدأ لا عوضا وإن لحقت بطلت بفوت القبض كما في الصرف
ضمن البيع ولا يلزم تعويضه بلا شرط إذ رد الثلث الموهوب يزيل الحيف
ويخصه هبة بنفي الزيادة كالشفعة لكن سلامة الموهوب عوض بنفي
الرجوع حاصلا كالصلة وبعضه فاتا بالاستحقاق ولو بقيمة التساوي
نص لما تقدم الكلام على الأصل الذي ينبني عليه مسائل الباب
شرع المصنف رحمه الله في التفريع عليه إذا عرفت هذا فنقول
الهبة في العوض المشروط مطلقا بلفظها إما أن يكونا من جنسين مختلفين أو
من جنس واحد غير ربوي أو ربوي فهذه ثلاثة فصول أما الفصل الأول
وهو ما إذا وهب المريض دارا تساوي ثلاثمائة درهم لرجل على أن يعوضه
عوضا يساوي مائة وتقابضا ثم مات الواهب ولا مال له سوى ذلك
العوض ولم يجز الوارث المحاباة فيما عدا الثلث وجب رد ثلث الدار على الوارث
لأن المريض حابى بقدر مائتين وثلث ماله قدر مائة فيجب تنفيذ الوصية
فيه ورد ما عداه على الوارث ليسلم له العوض وقيمته مائة وثلث الدار
وقيمته مائة فتكمل له مائتان وذلك ضعف المحاباة التي سلمت للموهوب
له لأنه سلم له ثلثا الدار وقيمة ذلك مائتان نصفه بعوض ونصفه
بالمحاباة ولا يقال متى نقض العقد في بعض الهبة وجب أن ينقض
فيما يقابله من العوض تحقيقا للمعاوضة لأنا نقول إنما نقضناه في بعض
الهبة بطريق الضرورة دفعا للمحاباة ولا ضرورة فيما يقابله فبقي العوض

في مقابلة بعض الهبة ويستقيم هذا في الابتدا فانه لو وهبه عبدا على ان
يعوضه عن ثلثه جاز فكذا في الانتها وهذا بخلاف البيع فانه لو باع شيا
على ان يكون الثمن بمقابلة بعضه ويخلو بعضه عنه لم يجز لما فيه من
اشتراط الربوا وهو الزيادة الخالية عن العوض في عقد البيع ومتى لم يجز
في الابتدا لم يجز في البقا وفي الهبة ليس له حكم المعاوضه الا بعد التقابض فلا يكون
في اشتراط اخلا بعضه عن العوض معنى الربوا لاختصاصه بالمعاوضات
المحضه وفي تقييد المصنف رحمه الله رد ثلث الهبه بقوله ولو بعد اخذ
الشفيع اشارة الى ان الدار لو كان لها شفيع واخذها بالشفعة من الموهوب
له والمسئلة بحالها فانه لا يختلف الحكم بل يجب رد ثلثها لقيام الشفيع مقام
الموهوب له واما الفصل الثاني وهو ما اذا كانت الهبة والعوض من جنس
واحد غير ربوي بان وهبه دارا على ان يعوضه دارا يساوي ثلثها او وهبه
عبدا على ان يعوضه عبدا يساوي ثلثه فالحكم فيه كالحكم في الفصل الاول
سوا بما ذكرنا واما الفصل الثالث وهو ما اذا كانا من جنس واحد ربوي
بان وهبه كر حنطة يساوي ثلاثين درهما على ان يعوضه كر ردي يساوي
ثلثه فيجب رد نصف الهبة الى الوارث ورد نصف العوض الى الموهوب
له فيسلم للوارث نصف كر جيد يساوي خمسة عشر درهما ونصف كر ردي خمسة
دراهم ويسلم للموهوب له نصف كر جيد بخمسة عشر درهما قدر خمسة بعوض
وقدر عشرة بغير عوض فيكون الحاصل للوارث ضعف الحاصل بالمحاباه وانما ذهبنا
الى هذا التخريج لمعنيين احدهما ان فيه عدلا في الحكم دون غيره لان في غيره اما ابقا العقد
على حاله من غير تغيير وذلك حيف على الوارث في تفويت ما عدا الثلث
عليه واما رد ثلث الهبة الى الوارث كما قلنا في المسئلة التي قبل هذه وذلك
ربوا لانه يصير بيع ثلثي كر جيد بكر ردي وثلث كر جيد قوله ورفع المحاباه
محال الى اخره اشاره الى ان الموهوب له في الفصول الثلاثه لو قال انا امسك الهبه
وازيد في العوض الى تمام الثلثين المختصين بالوارث لترتفع المحاباة لا يلتفت
اليه اذ رفع المحاباه على هذا الوجه محال لان الزياده التي يرفعها ان لم يلحق اصل
العقد

العقد فبطلانه بموت الواهب نظرا الى كون العقد هبة ابتدا ليكون برا
مبتدا من الموهوب له للوارث لا عوضا عن الهبه والبر المبتدا لا يرفع المحاباه
وان لحقت الزياده اصل العقد لعدم بطلانه بموت احد المتعاقدين نظرا الى
كون العقد بيعا انتهاء تصير كالمشروطه في العقد حكما ولو كانت مشروطة
في العقد حقيقة كان قبضها شرط صحة كونها عوضا لان الهبة بشرط العوض
تنعقد هبه ابتدا ولا تصير بيعا الا بعد اتصال القبض بالبدلين انتهاء
وقد فات قبض الزيادة بموت الواهب بخلاف البيع لان الزيادة فيه لو كانت
مشروطة في العقد حقيقة كانت ثمنا وقبض الثمن ليس بشرط فلا يبطل
بموت احدهما حتى لو كان عقدا اشترط قبض البدل بان باع المريض ابريق
فضه قيمته ثلاث مايه بمايه ثم مات ولم يجز الورثه فاراد المشتري ان يرفع
المحاباه ويمسك كل الابريق لم يجز بل يرد الثلث كما في الهبة بشرط العوض وهذا معنى
قول المصنف رحمه الله كما في الصرف ضد البيع ولا يلزم على ما ذكرنا ما لو عوضه
الموهوب له من غير شرط حيث رد ثلث الهبة ولا يرجع على الوارث بشي لان رد الثلث
الموهوب مزيل الحيف عن الوارث ومحض العوض هبة تنفي الربوا اما الاول فلانه
يحصل للوارث كر ردي قيمته عشرة وثلث كر جيد قيمته عشرة وذلك ثلثا مال
الميت ويبقى للموهوب له ثلثا كر جيد قيمته عشرون نصفه بعوض ونصفه
بغير عوض فاستقام الثلث والثلثان واما الثاني فلان الربوا انما يتحقق في المبادلات
والتعويض من غير شرط ليس بمبادلة ولهذا لو كان الموهوب عقارا لم يجب فيه الشفعة
ولو كانت مبادلة لوجبت قوله لكن سلامه الموهوب عوض ينفي الرجوع الى اخره اشارة
الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لو كان العوض الذي لم يشترط هبة محضة
لجاز للموهوب له ان يرجع في العوض وتقرير الجواب ان يقال العوض وان كان
هبة محضة الا ان عوض الموهوب له منه سلامة الموهوب واسقاط حق رجوعه
الواهب به عليه ولهذا يصح التعويض من الاجنبي لانه بمقابلة الاسقاط
وقد نال هذا العوض وحصول هذا الغرض للموهوب له ينفي الرجوع بالعوض
كما ينفيه تعويض الاجنبي وهو المراد بالصله في قول المصنف رحمه الله ينفي

الرجوع كالصلة وفوات عوضه باستحقاق الموهوب يقتضي رجوعه ببعض
العوض ان كان قايما وبقيمته ان كان تالفا كما في الصلة المبدولة من الاجنبي
فقول المصنف رحمه الله حاصلا وقايما كل منهما منصوب على انه حال من الضمير
المستتر في قوله ينفي العايد على قوله عوض فتقدير الكلام لكن سلامة الموهوب
للموهوب له عوض ينفي رجوعه بالعوض حال كون ذلك العوض حاصلا للواهب
له ويقتضي رجوعه بالعوض حال كون الموهوب قايما بالاستحقاق الى اخره
وفي قول المصنف رحمه الله ولو بقيمة التالف اشارة الى ما روي عن ابي يوسف
رحمه الله ان العوض اذا هلك لا يضمن لان المعوض واهب وقبض الهبة ليس
بقبض ضمان وحق الواهب في الرجوع مقصور على العين ووجه ظاهر الرواية
ان التعويض لا يكون الا مضافا الى الهبة والتمليك مضافا الى بدل المستحق كان
فتبين ان الواهب قبض العوض لنفسه بسبب فاسد فكان مستحق الرد عليه
عند قيامه مضمونا بالقيمة عند هلاكه واعلم ان المصنف رحمه الله لم يذكر ثبوت
الخيار للموهوب له في رد كل الهبة واخذ عوضه وهو ثابت له اذا كان العوض
مشروطا واما اذا لم يكن مشروطا فذكر في كتاب الهبة انه يرد ثلث الهبة
من غير خيار يعني فيما اذا كان الواجب رد الثلث لان الهبة قد صحت في الكل
لما عرف من ان تصرفات المريض صحيحة في الحال ثم ورد الاستحقاق في ثلثيها
للوارث فلا يخير ولان الخيار يحلم بحر العقد نظير الخيار بالعيب وذلك
انما يثبت في البيع وهذا ليس ببيع لكن الاصح خلافه لانه انما عوضه ليسلم
له كل الهبة فكان للتعويض حكم المعاوضة في حقه واذا لم يسلم له كل الدار
ثبت له الخيار لفوات غرضه من التعويض ولهذا لو استحق الموهوب بعد هلاك
العوض كان له ان يرجع بقيمة العوض والله اعلم بالصواب

باب الوصية تنفذ في القيمة اولا

ان مات الموصي قبل القطع خطا والسراية فقيمة ما وسع الثلث واجيز للموصى له
ملك الاصل اذ القبول استند الى حال الموت بدليل الزوايد والاجازة اسقاط

لا تمليك

لا تمليك حتى لم يعد رجوعا وصح قبل القبض والاقرار انما جاز لحق الغير لا لملكه
عكس وصية المقصود وان مات بعدها فهي للوارث كالموروث اذ فقد
المسمى حال الايجاب وهو الموت ابطلها شبه ما لو صار الكفري برا والعصير
خلا والفصيل جملا وان مات بينهما فارش البدل للوارث على الجاني اذ بانت
قبل الايجاب وباقي القيمة للموصى له على العاقلة ان قيل بعد الشرا بدل ما عرف
ويبعد ان قبل قبلها الجهل المستحق اذ تخلل الملك كالعتق فتسم الضرر ضد
الاولى اذ الملك بالعكس لا في القيمة لا العبد للعدم الا ان ترك غيره فيجب
ثلث الباقي ايضا للوارث تكميلا للثلثين لانه عكس الموصى له خليفة لا يملك
بدليل الرد بالعيب فكذا على العاقلة مع ثلث البدل ذالك نفسا لعين اعلم
ان العبد الموصى به اذا قطعت يده خطا وسرت جناية القطع الى نفسه فمات
فلا يخلو اما ان مات الموصي قبل الجناية والسراية واما بعدهما ولما بينهما فهذه
ثلاثة فصول اما في الفصل الاول فيكون للموصى له قيمة ما وسعه الثلث من العبد
عند عدم الاجازة وما اجيز عند وجودها سواء وجد قبول الموصى له الوصية قبل
الجناية والسراية ام بعدهما ام بينهما لان الموصى له ملك الاصل وهو العبد من حين
مات الموصي اذ قبوله الوصية استند ملكه الى حال الايجاب وهو الموت ولهذا استحق الزوايد
الحادثة من العين الموصى بها ان خرجت من الثلث بالاجماع وان لم تخرج فعند ابي حنيفة
رحمه الله ينفذ الوصية في الاصل ثم يكمل الثلث من الزيادة وعندهما ينفذ منهما
وهذا لان بموت الموصي يملك العين لتمام سبب الملك في حقه لكن ملكه موقوف لان
الموصي لا يقدر على اثبات الملك له بغير رضاه فاذا قبل الوصية ظهر انه ملكه ملكا
باتا من وقت الموت لا من وقت القبول واذا ثبت ملك الموصى له في الاصل عند
موت الموصي تبين ان الجناية حصلت على ملكه فيكون البدل وهو قيمة المجني عليه
له لانه لم يتخلل بين الجناية والسراية ملك مات فيبعد العتق وهذا اذا كان
الثلث يسع العبد ظاهر وكذا اذا لم يسعه واجاز الوارث لان الموصى له بالاجازة
لا يملك ما زاد على الثلث ملكا مبتدا من جهة الوارث لان اجازته اسقاط حقه وليس
بتمليك مبتدا ولهذا لا ينفرد الاجازة الرجوع فيما اجاز ويتم قبل قبض المجاز له

وقبل اقراره وهذا لان تصرف المريض صادف ملك نفسه الا انه حجر عليه فيما
ثبتا زاد على الثلث لحق الوارث لا لملك الوارث فاذا اجاز فقد اسقط حق نفسه
فينفذ التصرف من الموصي كالراهن اذا باع المرهون واجاز المرتهن فانه ينفذ من
المالك كذا هنا ولو كانت اجازة الوارث تمليكا لكانت الاحكام المذكورة على العكس
وهذا بخلاف وصية الفضولي اذا اجازها المالك كان له ان يرجع في اجازته
قبل الدفع الى الموصى له ولا يتم قبل القبض والافراز لان الحجر هناك على الموصي
لملك الغير لا لتعلق حقه لان وصيته صادفت ملك غيره فكانت كالهبة والهبة
لا تصح الا بالقبض كما لو وهب مال نفسه اما هنا الملك يثبت من جهة الموصي
فلم يكن التسليم من شرط صحتها فافترقا واما اذا لم يجز الوارث الوصية فيكون
للموصى له ثلث القيمة خاصة والثلثان للوارث واما في الفصل الثاني وهو ما اذا مات
الموصي بعد الجناية والسراية فقيمة العبد للوارث لبطلان الوصية كما اذا رجع
اما من الموصي بالرجوع واما من جهة الموصى له وهذا لان الوصية تصير سببا للملك
عند الموت لانها تعليق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبله والموصى به في الوصية
العبد وقد فقد ذلك المسمى قبل ثبوت الايجاب وصار قيمة وفقد المسمى في
حال ثبوت الايجاب وهو موت الموصي يوجب بطلان الوصية فصار كما لو اوصى
بكفرى نخله فصار قبل الموت بسرا او اوصى بعصير فصار خلا او اوصى بفصيل فصار
وهنالك تبطل الوصية لفقد الاسم والحقيقة فكذا هنا والجامع ان الموصى به لم يوجد
عند الايجاب لم يوص به وهذا بخلاف ما اذا باع الكفرى مثلا بشرط الخيار شهرين
على راي من يرى جواز الخيار شهرين فصار في المدة بسرا حيث لا يبطل البيع لان البيع
سبب في الحال وان الخيار انما هو في منع الحكم لما عرف ولهذا يثبت الملك بعد مضي المدة من
وقت العقد حتى كانت الزوائد للمشتري فلم يكن تغير المبيع قبل سقوط الخيار
مبطلا للبيع واما في الفصل الثالث وهو ما اذا مات الموصي بين الجناية والسراية فارش
اليد وهو نصف قيمة العبد حالا للوارث في مال الجاني لان اليد فاتت من العبد
قبل ثبوت ايجاب الوصية فكان وجوب الارش موجودا على ملك الميت فكان
ميراثا عنه واطراف العبيد يسلك بها مسلك الاموال فلا تتحملها العاقلة فتكون

في مال الجاني واما باقي القيمة فيكون للموصى له على عاقلة الجاني ان قبل الوصية بعد
السراية لما عرف من ان الموصى له يملك الموصى به عند القبول مستندا الى وقت
الموت والسراية وقعت في حال التوقف فصار لها حظ من الاستناد وتعلق
الحق وهو للمالك الموقوف يكفي لسراية الحق الى البدل واما اذا قبل الوصية
قبل السراية فتهدر السراية لجهالة المستحق للضمان عندها وهذا لان ملكه
لاقى عين العبد لا قيمته والضمان انما يجب لفعل يتضرر به المالك وتخلل
ملك الموصى له بين الجناية والسراية توجب انقسام الضرر بين الموصي والموصى له
فتعذر ايجاب الضمان للموصي لحصول ضرر السراية في ملك الموصى له وتعذر ايجابه
للموصى له لوجود ضرر فعل الجناية في ملك الموصي فان قيل لم لا يجعل قبول الموصى له قبل
موت العبد كالقبول بعده في حق الجناية لكون ملكه مستندا الى وقت موت الموصي
تصحيحا للوصية وحينئذ وجب ان يكون موجب السراية للموصى له كما في الصورة
الاولى قلنا الجناية ليست من احكام الوصية فلا يعتبر الاستناد فيها الا ترى
انه لا يملك الولد في الغصب بضمان الام لانه غير مضمون فلا يعتبر الاستناد فيه
وهذا بخلاف الصورة الاولى وهي ما اذا قبل الوصية بعد السراية لان ملك الموصى له
هناك بالعكس ملاقي القيمة ابتداء لا عين العبد لعدمه والقيمة كانت قائمة عند
موت الموصي فيملكها الموصى له عند القبول مستندا الى وقت الموت فلم يتبدل الملك
الموجب لبطلان السراية وقول المصنف رحمه الله كالعتق في قوله اذ تخلل الملك
كالعتق قسم الضرر اشارة الى ان تخلل الملك كما يقطع سراية الجناية فكذا تخلل العتق
حتى لو قطعت يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من القطع بطلت السراية لانا ان اعتبرنا
حالة الجناية يجب القيمة للمولى وان اعتبرنا حالة السراية يجب القيمة للمجني عليه
وجهالة المستحق يقطع السراية فجهالته وجهالة المضمون بالجناية اولى وهذا كله
اذا كان العبد يخرج من الثلث في مسألة الوصية بان ترك الميت مالا غيره ولذا اذا لم
يترك مالا غيره ولكن اجاز الوارث واما اذا لم يترك سواه ولم يجز الوارث فيجب
ثلث باقي القيمة ايضا مع ارش اليد للوارث فيحصل له ثلثا المال لان ارش اليد
نصف القيمة وثلث الباقي بعد ذلك سدس القيمة فتصير الجملة ثلثا

القيمة ويبقى للموصى له ثلثا قيمة الباقي وذلك ثلث كل القيمة فاستقام الثلث والثلثان وهذا فيما اذا كان قبول الموصى له بعد السراية واما اذا كان قبوله قبل السراية فلا شيء له كما قررناه الا ترى انه لو كان يخرج من الثلث تبطل الوصية في الكل فلا شيء على الجاني لجهالة المستحق فاذا كان لا يخرج تبطل الوصية في الثلث وهو ثلثا قيمة الباقي بعد القطع اعتبارا للبعض بالكل وانما لم يختلف الحكم في حق الوارث عند عدم الاجازة في الصورتين لانه لم يتخلل في حقه بين السراية والجناية بقدر ثلث العبد لا ملك لنفسه وملكه مما لا يهدر بالسراية الا بطريق الخلافة ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بخلاف الوارث قوله مجهولا منصوب على انه حال من ثلث الباقي في قوله فيجب ثلث الباقي فالتقدير يجب ثلث الباقي من قيمة العبد ايضا للوارث حال كونه مجهولا على العاقلة مع ثلث اليد وانما وجب ثلث ارش اليد للوارث على العاقلة وان كان طرف عبد لان الجناية لما سرت وصارت نفسا لم يقتصر على اليد في حق الثلث الذي لم يهدر لان القطع لما سرى انقلب نفسا فكان الضمان ضمان دم فيجب على العاقلة بخلاف ثلثي اليد لان الجناية بها اقتصرت في ذلك القدر لما هدرت فيه وهذا اذا كان القطع خطأ واما اذا كان عمدا فارش جميع اليد مع ثلث قيمة النفس كله يجب في مال الجاني للوارث لانه عمد وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يعقل العاقلة عمدا الحديث ولا يجب القصاص على الجاني لان الطرف لم يصر نفسا لانقطاع السراية في الملك ولا شيء للموصى له لما ذكرنا والله اعلم

باب بيع الوصي

اوصى ان يشترى بالثلث ويعتق ومات بعد الاستبراء دين محيط الثلثين فترا القاضي عن الموصي كيلا يصير خصما بالعهدة واعتاقه لغو لتعدي الوصية وهي الثلث بعد الدين فشرا الوصي وعتقه عن نفسه للملك الضمني الخالف كالوكيل وقيل يعذره ابو يوسف رحمه الله بالجهل تقريبا على العين وان نصبه القاضي لانه عكس لا تبين سوء الحال لا القاضي لما مر في بيع الغنائم ويعتق

عن الميت

عن الميت بثلث ما اشترى القاضي او غرم الوصي وفاء بالوصية الا ان يظهر مال يخرج الاول من ثلثه فينقلب الوفاق اليه والخلاف الى الثاني وينعكس الجواب

س رجل حضره الموت فاوصى ان يشترى بثلث ماله نسمة تعتق عنه ثم مات وترك تسعمائة درهم فاشترى منها بثلثمائة درهم نسمة واعتقت عنه ثم ظهر ان عليه دينا يحيط بثلثي تركته وذلك ستمائة درهم ودفع ذلك الى الغريم فلا يخلو اما ان يكون الشراء والاعتاق من القاضي او من الوصي فان كان الشراء من القاضي بان لم يكن للميت وصي فشراؤه يقع عن الموصي لانه لا يتعذر تنفيذه على الموصي لمخالفة امره حيث ظهر انه اعتق باكثر من الثلث ولكن تنفيذه على المشترى وهو القاضي الا ان تصرفه في مال الغير يكون على وجه القضاء فيما يقضي فيه ولو جعلناه مشتريا لنفسه لصار خصما لحقوق العهدة اباه والخصم في شيء لا يصلح قاضيا في ذلك الشيء لانه لا يصلح شاهدا واذا لم يصلح قاضيا لا يصح شراؤه واما لم يصح شراؤه لا يبقى خصما فكان في جعله خصما ابتداء ابطال كونه خصما انتهاء وما كان في اثباته بطلانه لا يثبت واما اعتاقه فهو لغو لان تنفيذ الوصية انما يعتبر في الثلث بعد قضاء الدين لا قبله وقد ظهران الوصية هنا جاوزت محلها وهو الثلث بعد الدين وتعذر تنفيذ الاعتاق باعتبار الولاية العامة لان ولاية القاضي مقيدة بالنظر ولم يوجد النظر فيلغو واما اذا كان الشراء من الوصي فشراؤه وهو اعتاقه يقع عن نفسه سواء اشترى بامر القاضي ام بغير امره وسواء كان منصوبا من جهة الميت ام من جهة القاضي فيتعذر وقوعه عن الموصي بحكم الامر لمخالفته كما ذكرنا او بحكم الولاية العامة ولا ولاية وتعذر التوقف لعدم المجيز فتعين التنفيذ على المشتري فكان اعتاقه مصادفا ملك نفسه الثابت في ضمن خلافه امر الموصي فصار كالوكيل بالشراء بالف اذا اشترى باكثر ونفذ من مال الموكل وهناك يقع الشراء لنفسه ويضمن الثمن فكذا هنا قوله وقيل يعذره ابو يوسف رحمه الله بالجهل الى اخره اشارة الى ما قال مشايخنا رحمهم الله من ان الوصي يعذر بالجهل على قياس ما روي عن ابي يوسف رحمه الله اذا باع المال الذي للميت الوكالة

بالغبن او اشترى الاب لابنه الصغير بالغبن فانه ينفذ على الابن وله حق الرد على البايع كما في العيب قال شمس الايمة الحلواني رحمه الله وهذا ارفق بالناس قوله وان نصبه القاضي اشارة الى ان الحكم لا يختلف في الوصي سوا كان منصوبا من جهة الميت ام من جهة القاضي كما ذكرنا قوله لانه عكس الامين الى اخره اشارة الى الفرق بين وصي القاضي وامينه حيث كان تصرف الامين كتصرف القاضي في عدم الجواز لجهالة دون تصرف الوصي والفرق ان الوصي نايب عن الميت لا عن القاضي ولهذا اسماه القاضي وصيا بخلاف الامين فانه نايب عن القاضي دون الميت ولهذا سماه امينا وهذا لما مر في باب بيع الغنايم من كتاب البيوع ان تصرف امين الامام كتصرف الامام بنفسه وتصرف الامام حكم وكذا تصرف امينه ولهذا لم يجز لكل واحد منهما ان يشتري من نفسه شيا لنفسه من الغنيمة وان كان فيه منفعة ظاهرة للغانمين بان اشترى بمثل القيمة وزيادة لا يتغابن الناس في مثلها وقد ذكرنا في باب بيع الغنايم ان بعض مشايخنا رحمهم الله ذكروا ان هذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفة واحدى روايتي ابي يوسف رضي الله عنهما انه اذا كان فيه منفعة ظاهرة يجوز كوصي القاضي والصحيح انه قول الكل نص عليه في الذخيرة وهذا بخلاف الوصي لان القاضي اقامه مقام الميت بحكم الولاية الحاصلة عند عجز الميت لا مقام نفسه فصار كان الميت بنفسه اقامه وتصرف الميت ليس بحكم فكذا تصرف نايبه قوله ويعتق عن الميت بثلث ما اشترى القاضي الى اخره اشارة الى انه اذا الغى العتاق القاضي في الصورة الاولى حتى بقي العبد الاول على حكم ملك الميت فاخذ الثمن من الوصي في الصورة الثانية فانه يشتري بثلث ذلك نسمة يعتق عن الميت رعاية لتنفيذ وصيته بالقدر الممكن قوله الا ان يظهر مال الى اخره اشارة الى انه اذا اشترى بثلث ما بقي نسمة واعتقت ثم ظهر للميت مال يخرج العتيق الاول من ثلثه بان ظهر له ستمائة اخرى نظير ما كان عليه من الدين المحيط بالثلثين فانه ينقلب وفاق امر الامر الى العتاق الاول فينقلب الخلاف الى اعتاق الثاني وينعكس الجواب فيكون شرا

الاول

الاول واعتاقه عن الميت وشرا الثاني من الوصي واعتاقه عن نفسه او عن القاضي للورثة والله اعلم

ص باب في الوصية تكون رجوعا او لا

س اعلم ان هذا الباب يشتمل ايضا على بعض مسايل الباب السادس من ابواب الوصايا في ترتيب الجامع ص لو قال اوصيت بهذا الالف او بالف لزيد وعمرو ولزيد منهما مايه فله مايه ولعمرو باقيها الا الغير كما في الاقرار بل اولى لكنه الرجوع متصولا او ضمن فعل يزيل ملك الغير كالغزل والنسج او يزيل العين كالصبغ والبنا او بعدها للحاجة كالذبح والقطع والاجوبة معروفة ولهذا لو قال لزيد منها الف كان الكل له وان زاد ولعمرو من تلك الالف الف فالكل لعمرو للرجوع ثابتا وان قال لزيد ستمايه ولعمرو سبعمايه تقاسما على ثلاثة عشر سهما على الضرب فيما ضاق الاخذ كما في الفرض العايل مسـ رجل قال اوصيت بهذه الالف او قال اوصيت بالف لزيد وعمرو ولزيد منها مايه ثم مات والالف تخرج من الثلث فلزيد منها مايه وما بقيها لعمرو لان صدر الكلام وان اقتضى الشركة على السوا الا انه وصل به التغير حيث قدر نصيب احدهما بالاول من النصف فصدر الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير اوله فصار كما في الاقرار اذا قال لزيد وعمرو على الف درهم لزيد مايه منها وفي الاقرار يعتبر بيانه اذا كان موصولا فكذا في الوصية اولى لانه يمكن رجوعه عنها مفصولا او في ضمن فعله في العين الموصى بها فعلا لو فعله في ملك الغير زال به ملك المالك كما لو اوصى بقطن ثم غزله او اوصى بغزل ثم نسجه ثوبا او فعلا يزيد به العين الموصى بها كما اذا اوصى بثوب ثم صبغه او اوصى بدار ثم بنى فيها او فعلا بعد العين للحاجة المطلوبة منها كما اذا اوصى بشاة ثم ذبحها او اوصى بثوب ثم قطعه قميصا واخوات هذه الافعال معروفة في القسم الاول ان يجعل الحديد سيفا او الفضة حليا لان تعلق حق المالك بالعين اقوى من تعلق حق الموصى له ومن القسم الثاني السويق اذا لته بسمن

واللفظ اذا احتمل شيئا وللبطلان اذا بطن بها ونحو ذلك لان الزيادة لم تدخل في
الوصيه وتنفذ بتسليم احدهما دون الاخر وهو فعل صادق المتنفسد
فلا يجوز ان يكون بعضه بخلاف غسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها حيث
لا يكون رجوعا قوله لهذا اي لما اشار اليه من ان صدر الكلام يتغير موجبه
باتصال المغير به لو قال لزيد منها الف لما قوله لزيد منها مايه كانت الالف
كلها لزيد دون عمرو وان زاد على ذلك بان قال بعد قوله لزيد منها الف ولعمرو
من ثلث الالف الف كانت الالف كلها لعمرو دون زيد وهذا لانه اثبت الشركه
بين زيد وعمرو في الالف على السوا اولا ثم رجع ثانيا حيث قال في الصورة الاولى
لزيد منها الف لان بيان وصيته كالتنصيص على ان الباقي من الالف لعمرو فقد
جعله كالعصبة ولم يبق من الالف شي فكان رجوعا واما في الصورة الثانيه
فلانه لما كان قوله لزيد منها الف رجوعا عن الايجاب الاول وايجابا للكل الالف
له كان قوله بعد ذلك ولعمرو من ثلث الالف الف نقلا للالف من زيد
اليه فلم يبق لزيد شي ضرورة فكان رجوعا الا ترى انه لو اوصى بعبده
لرجل ثم قال العبد الذي اوصيت به لفلان فقد اوصيت به لفلان اخر كان
رجوعا عن الاول لانه نقل جميع ما اوصى به للاول بعينه بخلاف قوله
بعد الوصيه اوصيت بعبدي هذا لفلان حيث لا يكون رجوعا عن الوصيه
الاولى بل يكون العبد بينهما نصفين لان الكلام الثاني يحتمل التشريك بينهما
ويحتمل النقل احتمالا على السوا فوقع الشك في كونه رجوعا فلا يثبت الرجوع
بالشك اما في الاول ترجح النقل بقوله العبد الذي اوصيت به فكان نقلا
لعين العبد الموصى به الى الثاني فافترقا هذا كله اذا قال لزيد منها مايه وسكت
وكذا اذا قال ولعمرو ما بقي وهذا اوضح التصريح بما بقي لعمرو والاول
ثابت بطريق الدلالة واما اذا قال لزيد منها ستمايه ولعمرو سبعمايه فانهما
يقتسمان الالف على ثلاثة عشر سهما لزيد سته اسهم ولعمرو سبعة اسهم
لان الالف لما ضاقت عن اخذ مجموع الوصيتين علم ان مراده ضرب كل واحد
منهما في الالف بما سمي له من المايات كانه قال لهذا على حساب ستمايه ولهذا

علي

على حساب سبعمايه حملا لكلامه على اراده الضرب فيما ضاق عند الاخذ كما في
فروض الورثه اذا عالت وتنفذ باعتبار الكل من التركه من حيث الاخذ و جب
اعتبار الكل من حيث الضرب فيضرب كل واحد من ذوي الفروض بسهمه
على طريق العول حتى يدخل النقصان على الكل **ص** وان اوصى لبكر ايضا
بالف والثلث الف فالنصف بينهما اعشارا والنصف لبكر وفاقا لسبب
في الباقي والمستحق كما في النوى واعتبر بزوج زاحم الابوين **ش** اي وان
قال اوصيت لزيد وعمرو بالف لزيد منها مايه ثم اوصى لبكر بالف والثلث
كله الف فالنصف بين زيد وعمرو اعشارا لزيد منه العشر وذلك خمسون
درهما ولعمرو تسعه اعشاره وذلك اربعمايه وخمسون والنصف لبكر اما
المناصفه فلانه اوصى لبكر بالف على حده ولزيد وعمرو بالف بوصيه على
حده فصارا بسبب اتحاد الوصيه كشخص واحد حكما لان المزاحمه لا تزداد
بزيادة الموصى له وانما تزداد بزيادة الوصيه كما قدمنا في الابواب
المتقدمه فصارا كانهما شخص واحد حقيقة واما القسمة بين زيد
وعمرو اعشارا فلان النصف الذي استحق بوصية بكر جعل كالتاوي
ولو نوي نصف الالف كان النصف الباقي بينهما اعشارا رعايه لما يوجبه
السبب وهو الوصيه لكل واحد منهما في الباقي لهما من الالف وفي التاوي
منها لكذا هذا واعتبر مزاحمه بكر هنا لزيد وعمرو بما اذا زاحم الزوج ابوي
امراته في ميراثها وهناك الباقي بعد فرض الزوج وهو النصف للابوين
اثلاثا رعايه لسبب استحقاقهما في الباقي وفي التاوي كذا هذا **ص**
وان قال اوصيت بثلثي لزيد وعمرو ولزيد منه مايه فالنصف الباقي
بعد اخذ بكر اعشار وبعد التوى اخماس اذ عمرو يضرب بما عدا المايه
يوم القسمة لا الايصا للجهل عكس الماضي والتوى ضد الزحام لفسخ السبب
فلو زاد صار لعمرو خمسون فلكل شخص باسمي والباقي بينهما نصفان وقيد بالصدر
بما عدا المغير صدر الرد على ذوي السهام لاختلاف الموجب حتى لو عطف
في الصدر ثالثا جاز ما البقي المعد ركالعصبة **ش** رجل قال اوصيت

بثلث مالي لزيد وعمرو لزيد منه مائة ثم اوصى لبكر بالثلث او لم يوص لكن توى
نصف الثلث ففي الوجه الاول يكون النصف لبكر والنصف الباقي بعد اخذه
بين زيد وعمرو اعشارا لزيد العشر ولعمرو تسعة اعشاره وفي الوجه
الثاني الباقي بعد التوى بينهما اخماس لزيد الخمس ولعمرو اربعة اخماسه وهذا
لان عمرا يضرب بحقه في الباقي بما عدا مائة زيد يوم قسمة التركة لا يوم
الايصا لان الوصية مضافة الى ثلث مال يكون للميت عند القسمة وليست
مضافة الى ثلث مال يكون له عند الايصا فهو وان اضاف الثلث اليهما
لكن لم يبين نصيب احدهما سمى نصيب الاخر للجهل بمقدار الثلث
يوم القسمة لانه قد يزيد وقد ينقص فلا يدرى ان المائة اى جزء
تكون من الثلث هل تكون عشرا او خمسا او اقل او اكثر وانما يتبين ذلك عند
ظهور الثلث يوم القسمة لانه اضاف الوصية هنا الى مال معلوم لا
يزداد ولا ينتقص وهو الالف المعينة او المرسلة فلا يعتبر الشركة بينهما في الاعشار
في الصورتين اما في مسئلتنا فبقول التوى ينفسخ استحقاق زيد وعمرو في النصف
الاول من الثلث فلم يبق الايجاب لهما معتبرا الا في ثلثا الباقي وهو يوم القسمة
خمس مائة وقد اوصى لاحدهما بمائة اما الوصية لبكر لم ينفسخ بسبب استحقاق
زيد وعمرو في ثلث المال ولهذا لو رد بكر الوصية كان الثلث بينهما على ما
سماه الموصي الا ان بكرا زاحمهما في مبلغ الثلث وهو الالف فبقي حقهما اعشارا
كما كان فافترقا قوله فلو زاد ولعمرو خمسون الى اخره اي ولو قال اوصيت
بثلث مالي لزيد وعمرو لزيد منه مائة ولعمرو خمسون وثلثه الف فلكل
واحد منهما ما سمي له والباقي من الثلث بينهما نصفان اعتبارا لصدر الكلام
فيما عدا البعض الذي عين بقوله لزيد مائة ولعمرو خمسون لانه نص على
التعيين والتفصيل في بعض المال وذلك لا يستلزم تغيير الباقي فاعتبر فيه
صدر الكلام الموجب للشركة بينهما على السوا وهذا بخلاف الرد في الميراث على ذوي
السهام حيث كان الرد بقدر السهام لاختلاف الموجب لاستحقاق ذوي السهام وهو
القرابة التي جعلها الشرع سببا وتبه في اصل الفريضة فكذا فيما زاد عليها بخلاف

الموجب

الموجب في الوصية لانه ايجاب الموصي وصيغة الايجاب تقتضي التساوي بين الموصى
لهما والتغيير وجد في البعض بالتنصيص عليه فبقي الباقي على الاصل نظيره ما
قال في الاقرار اذا قال هذه الالف لزيد وعمرو لزيد منها اربعمائة ولعمرو
ثلاث مائة موصولا باقراره كان للاول اربعمائة وللثاني ثلثمائة وما بقي
وهو ثلثمائة بينهما نصفان اعتبارا للايجاب السابق في صدر الاقرار فيما عدا
البعض المغير ولهذا لو زاد في صدر الكلام رجلا ثالثا بان قال لزيد وعمرو
وبكر كان لبكر ما عدا المال المقدر لهما لانه لما بين نصيبهما دون نصيب
بكر دل ان له ما بقي بعد وصيتهما فيكون بمنزلة العصبة وزيد وعمرو بمنزلة
ذوي الفروض ص وان قال هذه الالف لزيد منها مائة وصيته
ولعمرو باقيها يقدم زيد عمرا للتفرد بالصدر ضد الماضي وضارب
بكرا على احد عشر حسب السبب وعمرو كالعصبة في الفرض العايل مس
رجل قال هذه الالف لزيد منها مائة درهم ولعمرو باقيها فانه يقدم
وصية زيد على وصية عمرو لتفرد زيد بصدر الكلام لانه لم يشرك
بينهما بل اوصى لكل منهما وصية على حدة ولهذا لو اقتصر على قوله لزيد
مائة لم يستحق عمرو شيئا لعدم الوصية له بخلاف المسئلة الماضية وهي
قوله اوصيت بثلثي لزيد وعمرو لزيد مائة ولعمرو ما بقي لانه لم يفرد
زيدا بصدر الكلام بل شرك بينهما في الصدر على السوا ولهذا لو اقتصر عليه
كان الثلث بينهما نصفين ثم رد مشاركتهما من الانصاف الى الاعشار بالكلام
الثاني فلا يقدم احدهما على الاخر قوله وضارب بكرا الى اخره اشارة الى
مسئلة اخرى وهي ما اذا كان الموصي زاد في الوصية رجلا ثالثا واوصى له
بالف بان قال لزيد مائة ولعمرو ما بقي من الالف ثم اوصى لبكر بالف
والثلث الف فان الثلث يكون بين زيد وبكر على احد عشر سهما على حسب
سبب الاستحقاق اذ حق زيد في مائة وحق بكر في الف فيجعل كل مائة
سهما فيكون المجموع احد عشر كما ذكرنا ولا شيء لعمرو لانه موصى له بما بقي
بعد السهام المقدرة ولم يبق بعد شيء فكان بمنزلة العصبة مع اصحاب

الفروض العايله وهنا ليس للعصبة شي فكذا ها هنا لان الوصية اخت
الميراث **ص** وان قال اوصيت لك بما بقي من هذا الالف فله الكل
ان انفرد لشمول اللفظ ومن بعد ما للتمييز كما في خالعني على ما في يدي من الدراهم
ش رجل قال لاخر اوصيت لك بما بقي من هذه الالف وهي ثلث
ماله فله الكل ان انفرد بان لم يكن مع وصيته وصيه اخرى فصار
كالعصبة له الكل اذا انفرد والباقي اذا كان معه ذو سهم فالتقدير
اوصيت لك بما بقي من الوصايا ان كان معك وصيه اخرى وان لم يكن
فلك الجميع قوله لشمول اللفظ ومن بعد ما للتمييز الى اخره اشارة الى جواب
سوال مقدر وتقريره ان يقال كلمة من للتبعيض فوجب ان لا يستحق
الكل اذا انفرد وتقرير الجواب ان يقال بل كلمة من اذا وقعت بعد كلمة
ما تكون للتمييز دون التبعيض كما في مسئلتنا لان لفظ ما بقي اسم عام شامل الدراهم
وغيرها وكلمة من افادت ان التبعيض المضاف اليه الوصيه هو الدراهم دون
غيرها فاذا عملت في التبعيض مرة فيما دخلت عليه وهو ما بقي لا يعمل التبعيض
مرة اخرى في نفس الالف فكانت لتمييز جنس الدراهم من غيرها كما في قول المراه لزوجها
خالعني على ما في يدي من الدراهم من حيث انه ينصرف الى ثلثة دراهم لا الى درهم
لانها دخلت على قوله ما في يدي وهو عام فاوجبت بعضا هو الدراهم ولم يدخل
على الدراهم لتوجب بعضا منها فكانت لتمييز جنس هو دراهم والثلاثة متيقنة
لانها اقل الجمع فحمل اللفظ عليه هذا كله اذا انفرد الموصى له بما بقي واما اذا لم ينفرد
بان اوصى لاخر معه بالف اخرى فلا شي له لما قلنا من ان تقدير الكلام لك هذه الالف
ان لم يكن معك وصيه اخرى وهنا معه وصيه لم يبق من الالف شيا وحكى
ان اهل بخارا استفتوا في رجل اوصى بوصايا فاسده نحو الوصيه باصلاح قبر
ابويه او بكناء قبه عليهما واوصى لاخر بما بقي من ثلث ماله قيل يعطى له ما بقي من الثلث
لو نفذت الوصيه الفاسده وقيل بل يعطى له الكل لان الوصية بما لا يجب تنفيذه
كلا وصية قال الصدر الشهيد رحمه الله وهذا اصح والله اعلم بالصواب

ص باب ما يفعل الصبي بعد اذن الوصي او الاب

ها

هما افسدا بيعه من الوصي مطلقا ومن غيره بالغبن الفاحش ميلا الى النيابة
والامام امضاه من الغير مطلقا وان كان موروثا في الاظهر الحاقا بالمكسوب ومن
الوصي بشرط خير بعدل القيمه في راي والنصف في راي تعليلا للاصالة ما لم يهم
اذ الاذن اسقاط وتكميل للراي لا تمليك حتى عم المخصوص والمجهول بلا عهدة على
الاذن ضد النايب فجاز اقراره بالعين والدين والاستيفا والاتلاف للخبن
لانه ضد الحجر ولكونه له جميع التجاره ولم يجز للوصي لتهمة جرها الاذن حذو
اقرار العبد المديون للمولى والاجنبي **ش** اعلم ان هذا الباب يشتمل نصا
على مسايل باب ما يجوز لليتيم ان يفعله نقلها المصنف رحمه الله من الابواب
المتعرفه في اخر الكتاب في ترتيب الوجيز والتحرير للمناسبه اذا عرفت هذا
فنقول اذا اذن الوصي للصبي في التجاره فباع شيا من وصيه او من اجنبي فابو
يوسف ومحمد رحمهما الله افسدا بيعه من الوصي مطلقا سوا كان فيه نفع
ظاهر للصبي ام يكن وافسدا بيعه من الاجنبي ان كان فيه غبن فاحش
ميلا منهما الى ان يصرف الصبي الماذون له بطريق النيابة عن الوصي
فالوصي لا يملك شرا مال اليتيم لنفسه ولا بيع ماله لغيره بغبن فاحش
فكذا نايبه واشار في الوجيز الى ان المذكور رجوع محمد قول ابي يوسف الاول
وان قوله الاخر مع ابي حنيفة رحمه الله وقال الهاشمي رحمه الله قول ابي يوسف
مضطرب ذكر قوله في بعض الروايات مع ابي حنيفة وفي بعضها مع محمد رحمهم الله
انتهى كلامه واما الامام ابو حنيفه رحمه الله فامضى بيعه مع الاجنبي مطلقا
سوا كان فيه نفع للصبي ام لم يكن وسوا كان المال الذي تصرف فيه موروثا
او مكسوبا في الاظهر من الروايه انه الحاقا للمال الموروث بالمال المكسوب
حال الاذن وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز تصرفه في المال
الموروث من ابيه وامه وانما يجوز تصرفه فيما اكتسبه بتجارته لانه يرى
ان العبد الماذون له لو باع شيا من مال مولاه لم يجز وجه الاظهر ان مبنى
الاذن على العموم فاذا صار ماذونا في نوع صار ماذونا في الانواع كلها والصبي
يتصرف في ملك نفسه بخلاف العبد لانه يتصرف في ملك غيره واما بيعه

من الوصي فانما يصح به الامام رضي الله عنه بشرط ظاهر للصبي وهو ان يكون
زايدا على القيمة بمثل القيمة في راي شمس الايمة الحلواني رحمه الله بان يبيع ما
يساوي عشرة بعشرين ويشتري ما يساوي عشرين بعشرة قلت هكذا اطلق
في الوجيز واما في المحيط فقيده بكونه في العقار واما في راي شمس الايمة السرخسي
رحمه الله فالخير الظاهر ان يعدل نصف القيمة وهو ان يبيع ما يساوي
عشرة بخمسة عشر ويشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة قال الصدر
الشهيد رحمه الله وبه يفتى وفي بياعات تاج الدين رحمه الله وغيرها
من المواضع ما يساوي القايمتان ما به وعبر بعضهم بمقدر بالغبن الفاحش
وقد مر تفسيره في كتاب الوكالة قوله تغليبا منصوب بقوله امضى على انه
مفعول لاجله فالتقدير والامام امضى بيع الصبي الى آخره تغليبا لاصالة
تصرفه ما لم يتهم الوصي وبيانه ان اذن الوصي ليس بتمليك للتصرف
ليكون الصبي نائبا عنه كما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لان الصبي
مالك للتصرف حقيقة وانما منع عنه لحق الولي الثابت له شرعا على وجه
ليس لاحد عزله عنه ولنقصان راي الصبي وعدم اهليته وبحرمته
فاذا اذن له كان اذنه اسقاطا لحقه وتكميلا لراي الصبي بضم راي
الولي اليه فيصير حينئذ بمنزلة كامل الراي فينفذ تصرفه مع الوصي
تغليبا لاصالة تصرفه ما لم يتهم الوصي بان يشتري منه بغبن يقع ظاهر
للصبي لان تصرفه وان كان بطريق الاصالة الا انه تمكنت فيه شبهة
النيابة اذ من الجايز انه انما اذن له ليتمكن تصرفه معه فاعتبرنا
الحقيقة فيما بينه وبين الوصي لانه موضع التهمة والشبهة يجب اعتبارها
في مواضع التهمة احتياطا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يملك التصرف
مع الوصي كما يملكه مع الاجنبي اعتبارا للاصالة مطلقا والدليل على ان الاذن
ليس بتمليك ما ذكر المصنف رحمه الله من ان الاذن يعم المخصوص والمجهول
بلا عهدة على الآذن اما الاول فلانه لو خص الوصي عن الاذن نوعا من التجارة
بان اذن له في الرهون دون البز لم يتخصص وكان له ان يتجر في الكل واما

الثاني

الثاني فلانه لو قال له اذنت لك في التجارة صح الاذن مع ان المامور به مجهول
واما الثالث فلانه لو تصرف ولحقته عهدة لم يكن على الولي الاذن منها
شيء بخلاف النايب حيث يتقيد تصرفه بما عين له من الانواع ولا يصح مع
الجهالة ويرجع بما لحقه من العهدة على مستنيبه قوله فجاز اقراره بالعين
والدين الى آخره لما بين المصنف رحمه الله حكم تصرف الصبي المأذون على اختلاف
المذهبين شرع في بيان حكم اقراره اذا عرفت هذا فنقول اذا اقر الصبي
المأذون له بعين من ماله او بدين كالثمن والاجرة او باستيفاء بهما او باستيفاء
دين من ميراث ابيه او امه او اقر باتلاف مال ان كان الاقرار لاجنبي جاز اما
عند ابي حنيفة رحمه الله فللاصالة وعندهما ان اعتبرت جهة النيابة
عن الوصي والوصي لا يملك الاقرار عليه الا ان ذلك تابع للتجارة حيث
كان من ضروراتها اذ لو لم يصح اقراره بذلك لامتنع الناس من معاملته
فيفوت ما هو المقصود من الاذن وهو التجارة وهذا بخلاف اقراره بالمهر
والكفالة حيث لا يصح لانه ليس معاوضة حقيقة ولا حكما فلا يصلح
ان يجعل تبعا للتجارة بخلاف الاقرار بالاتلاف لانه اقرار بالمعاوضة
من حيث المعنى اذ يحصل له بمقابلته العوض فان قيل الوصي لا يملك
الاقرار بمال الصبي للاجنبي فوجب ان لا يملكه الصبي قلنا انما ملكه الصبي
لكونه من ضرورة التجارة كما ذكرنا بخلاف اقرار الوصي لانه ليس من
ضروراتها بل هو شهادة عليه فافترقا واما اقرار الصبي للوصي فلا يجوز
للتهمة جوها الاذن اذ من الجايز انه انما اذن له ليصح اقراره له كما ذكرنا
من اعتبار شبهة النيابة عنه وحقيقة النيابة عندهما فصار اقرار الصبي
للوصي وللاجنبي نظير اقرار العبد المديون للمولى وللاجنبي من حيث
ان اقراره للمولى لا يصح للتهمة واقراره للاجنبي يصح لعدمها ص
وشرط الخلاف الاب والوصي في تبايع اليتيمين وتعاددهما صونا لشرط الخبر
دون غيرهما اذ قرب الاب ينفي التهمة ما لم يتحمل الغبن حتى جاز الاقرار للعبد
من الاب لا الوصي والتبايع بين عبده المديون وابنه لا بين عبده ويتيمه

وبين عبدي الاب والابن لا بين عبدي الوصي واليتيم وجاز اقرار العبد لابن
المولى ويتيمه بلا عكس والحرف تغلب النيابة على الاصالة بالتهمة ؞
والعكس بعدمها موصي الفعل الاذن **من** اعلم ان اليتيمين ؞
الماذون لهما في التجارة اذا تبايعا واقر احدهما للاخر بدين او عين او استيفا
فلا يخلو اما ان يكون ابوهما واحدا او مختلفا وعلى كل تقدير فاما ان يكون الوصي
واحدا او مختلفا فهذه اربع صور لا يصح تبايع اليتيمين وتقاررهما الا في صورة
واحدة منها وهي ما اذا كان الاب مختلفا والوصي مختلفا بخلاف بقية الصور
اما الجواز عند اختلاف الاب والوصي عند ابي حنيفة رحمه الله فلان
كل واحد من اليتيمين يتصرف بطريق الاصالة عن نفسه وشبهة
النيابة وان كانت ثابتة في حق كل واحد منهما بالنسبة الى وصيه
الا ان وصيه اجنبي من اليتيم الاخر واما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله فلان يتصرف كل واحد منهما وان كان بطريق النيابة عن وصيه
الا ان وصيه اجنبي من الوصي الاخر الا ترى ان الوصيين لو تبايعا
جاز فكذا اليتيمان الا ان اقرار الوصي على يتيمه لا يجوز لما عرف من انه
شهادة عليه واقرار اليتيم على نفسه ينفذ لكونه من توابع التجارة واما
عدم الجواز في الصور الثلاث الباقية فلان الاب اذا كان واحدا والوصي
واحدا او كان الاب مختلفا والوصي واحدا او كان الاب واحدا والوصي
مختلفا فلان الوصي في الصورتين الاوليين واحد حقيقة وحكما وفي
الصورة الثالثة ان كان مختلفا حقيقة لكنه واحد حكما لان الاب
اذا كان واحدا كان كل واحد من الوصيين وصيا لليتيمين واذا كان
كذلك فشبهة النيابة عن الوصي ثابتة في تصرف كل واحد من اليتيمين
فصار كان كل واحد منهما يتصرف مع الاخر نيابة عن وصيه فيكون
تصرف الاخر واقعا مع الوصي حكما فيشترط لصحته وجود نفع ظاهر
لليتيم ولا يحصل لاحدهما النفع الظاهر الا بحصول الضرر الظاهر للاخر
وذلك مبطل للتصرف هذا في التبايع واما في الاقرار فيصير المقر منهما
مقرا

مقرا للوصي حكما فلا يجوز لاحتمال التهمة كما قررنا قبل هذا وهذا على اصل
ابي حنيفة رحمه الله واما على اصلهما فلان اليتيمين يتصرفان بطريق
حقيقة النيابة عن الوصي والوصي لو باع مال احدهما للاخر او اقر عليه
للاخر لا يجوز فكذا اليتيمان وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الماذون لهما يتيمين
حيث لا يشترط لصحة تبايعهما وتقاررهما اختلاف الاب حتى لو اذن الاب
لابنيه الصغيرين في التجارة فتبايعا واقر احدهما للاخر بعين او دين او
استيفا صح لان الاب لو باع مال احدهما من الاخر ولو بغبن يسير جاز لعدم التهمة
فكذا اذا فعلا بانفسهما وقد استفادا الاذن من الاب وروى الحسن رحمه الله عن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يعفى الغبن اليسير في تصرف الاب لاحتمال انه يوثر
نفسه على ولده فلا يتحمل منه كما لا يتحمل من المريض المديون والصحيح انه يعفى
اليسير من الغبن لان قرب الاب من ولده ينفي التهمة عنه ما لم يكن فيه غبن
فاحش لان الظاهر من حاله لكمال شفقته انه لا يوثر نفسه على ولده
لاجل منفعة يسيرة بخلاف المريض لانه محجور عن التبرع لحق الغرما
فيستوي فيه اليسير والكبير وبخلاف الوصي لان في تصرفه مع الصغير ؞
يتمكن التهمة لما ذكرنا ولا قرابة بينهما تدل على كمال شفقته ينفي
تهمته واعلم ان مطلق كلمة عبد المضافة الى ضمير اليتيمين في قول المصنف
رحمه الله دون عبدهما وان تناولت احدى عشرة صورة كما سنذكر لكن المراد
منها خمس صور الصورة الاولى اذا اذن الاب لابنيه فتصرف احدهما
مع الاخر وقد ذكرناها الثانية تصرف عبد احدهما مع عبد الاخر
الثالثة تصرف الاب مع عبد الابن الرابعة تصرف عبد الاب مع
عبد الابن الخامسة تصرف احد الابنين مع عبد الابن الاخر لان تعليل
المصنف بقوله لان قرب الاب ينفي التهمة قرينة موجبة لكون
الاذن من جهة الاب فيخرج ما كان الاذن فيه من جهة الوصي وهي
ست صور ايضا الاولى تصرف عبد احد اليتيمين مع عبد اليتيم الاخر
الثانية تصرف احد اليتيمين مع عبد الاخر الثالثة تصرف عبد الوصي

مع عبد اليتيم الرابعة تصرف ابن الوصي مع اليتيم الخامسة تصرف ابن الوصي
مع عبد اليتيم السادسة تصرف عبد الوصي مع اليتيم قوله حتى جاز
الاقرار للغير من الاب لا الوصي الى اخره اشارة الى اربع صور ينبني الحكم فيها على
وجود التهمة وعدمها ويشتمل الصور الاربع على عشر مسايل كما سنذكره في اثنا الكلام
عليها اما الصورة الاولى فهي ما اذا اقر الولي لاحد الصغيرين على الاخر فانه
يجوز من الاب لعدم التهمة ولا يجوز من الوصي للتهمة لان المراد في قول
المصنف رحمه الله حتى جاز الاقرار للغير احد الصغيرين لا الاجنبي اذ
لا يجوز اقرار الولي للاجنبي على الصغير سوا كان الولي ابا ام وصيا لانه
شهادة كما عرف واما الصورة الثانية وهي ما اذا تبايع عبد مديون
للمولى مع الصغير فانه يجوز ان كان الولي ابا ولا يجوز ان كان وصيا لان
العبد قام مقام مولاه لما ان كسبه وما حصل في يده للمولى وتبايع المولى
مع ابنه يجوز لعدم التهمة ومع يتيمه لا يجوز للتهمة فكذا من قام مقامه
واما الصورة الثالثة فهي ما اذا تبايع عبد الولي وعبد الصغير فانه يجوز ان كان
الولي ابا ولا يجوز ان كان وصيا لان تبايع العبدين كتبايع الوليين وتبايع الاب
وابنه جايز لعدم التهمة وتبايع الوصي ويتيمه لا يجوز للتهمة فكذا العبدان
واما الصورة الرابعة فهي ما اذا اقر العبد الصغير لمولاه فانه يجوز سوا كان
الصغير ابن المولى ام يتيم المولى لعدم التهمة كما لو اقر المولى بنفسه ولو كان الامر
بالعكس بان اقر الصغير لعبد المولى لم يجز للتهمة كما لو اقر للمولى قوله والحرف
اي والاصل الذي ينبني عليه الحكم في هذه الصور ان يقال اذا كان في التبايع او في
الاقرار تهمة وجب تغليب جهة النيابة على جهة الاصالة فيمتنع كما ذكرنا
في تصرف احد اليتيمين مع الاخر اذا كان الاب واحدا والوصي واحدا
او اختلف الاب دون الوصي او بالعكس وفي اقرار الوصي لاحد اليتيمين على
الاخر وفي تبايع عبد الوصي او ابنه مع يتيمه وفي اقرار اليتيم لعبد الوصي
او لعبد الاب وكما ذكرنا من تصرف احد اليتيمين مع عبد الاخر وفي
تصرف عبد احد اليتيمين مع الاخر واما اذا لم يكن في التبايع ولا في الاقرار

تهمة

تهمة يجب تغليب جهة الاصالة على جهة النيابة فيجوز كما ذكرنا في اليتيمين اذا
اختلف الاب والوصي وفي اقرار الاب لاحد الابنين على الاخر وفي تبايع
عبد الاب مع ابنه او مع عبد ابنه وفي اقرار العبد لابن مولاه او ليتيمه وكما
ذكرنا من تبايع عبدي الابنين وتبايع احد الابنين مع عبد الاخر وتبايع
الاب مع عبد الابن اما تغليب جهة النيابة على جهة الاصالة في موضع التهمة
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر واما على قول ابي حنيفة رحمه الله
فلان الصغير وان كان يتصرف بطريق الاصالة لكن تمكنت فيه شبهة
النيابة اذ من الجايز ان الوصي انما اذن له ليسقط تصرفه معه والشبهة
كالحقيقة في موضع التهمة وقد ذكرناه واما تغليب جهة الاصالة على جهة
النيابة في غير موضع التهمة على قول ابي حنيفة رحمه الله فظاهر واما على
قولهما فلان الصبي وان كان يتصرف بطريق النيابة عن الاب الا انه لما جعل
شخصه كشخصين وعبارته كعبارتين لكمال شفقته صار كانه باع من الابن وهو
كبير ثم حمل الحقوق عن الابن بحق الابوة لا بحكم العقد فيكون الاب اصلا
في حق نفسه نايبا في حق الصغير ولهذا لو بلغ كانت العهدة على الصغير قوله
موضحا اسم مفعول من اوضح وهو منصوب على انه حال من قوله والحرف
فالتقدير والحرف تغليب النيابة الى اخره حال كون ذلك الحرف موضحا بما لو
تصرف الاذن بنفسه مع الصغير او مع عبده وقد قررناه في اثنا الكلام
لا بعبده والله اعلم

كتاب المكاتب

باب شرط الحمل في الكتابة وغيرها

ان كاتبها على الف على ان الحمل له فسدت لخطر في البدل او شرط
يخالف مقتضاها اذ هي بين البيع والتعليق تفسد بما في الصلب كجهل البدل
دون الخارج كشرط ان لا يخرج او لا يلزم ما لو وهب او تصدق او رهن
او امهر او صالح عليها عن العمد على ان الحمل له اذ الشرط ربوا معنى يلعود
دون عقد عقد التبرع وما تمامه بفعل او قول لا يقال كما في العمرى

ولاما اوصى بها على ان الحمل للوارث او غيره لانها ضد الماضي بجامع الحظر والاضافه
بدليل افراد الحمل بها فصح الكل الا ترى ان الخلع لما قبل الاضافه والتعليق
جاز على الحمل وان لم يجز تنساه اذ هو بيع في حق المشروط لها تعليق
في حق المشروط عليها نظرا الى المقابل حتى افسده اكراهها دون
الزوج ولاما لو اوصى بها على ان الخدمة والغلة للوارث لان الارث
عكس الوصية بلا في بقا الملك لا الابتدا او المنفعة ضد الحمل
لا سيما وتملك ابتدا بطريق الاجارة فلغى ثناها للوارث وصح للغير
الا ترى انه لو مات الموصى له كان الحمل لوارثه والخدمة لصاحب العين
ويعتق باداء الالف وفا بمعنى التعليق وان لم يتناول الولد لانه
لا يتعلق بما لا يصلح بدلا بدليل الف وخمر او دم او مكاتب او
خدمة مجهولة ضد الف وخمر الا ترى انه لو كاتبها على الف على
ان يطأها تعتق باداء الالف وان لم تطأ وتسعى في باقي القيمة
ولا يسترد الفضل لتوسطها بين البيع والتعليق وان كان الحمل سوى صح
به لنفسه الكتابة شرطه للموصى له لانه خلاف مقتضاها او ان
وافق الملك ويتوقف بترك الشرط ككتابة الشريك فتنفذ
بالولادة والاجازة لزوال المانع ولو بعد الولادة في الاظهر لكنه
الاتباع كما في المشترا بلا فسخ اذ الكتابة تنفي قبضه ولم تتناوله لفظا
ضد المولود قبل القبض في البيع لكن سقط حق انها اذ العتق
والعجز بالادا والعدم تستند الى اخرها ولا عقد بعدها وان
تركت اسا الحر لانه وان خلفها بالسعي في النجوم للحدوث بعد النفاذ
ضد الكل صيرورة الادا قصدا عليه حتى حل الدين وان كوتب
الزوج معها لغت الاجازة بعد موتها قبل موته لما مر اذ هو
تابع لها حتى كان كسبه لها دونه وجازت في العكس استحسانا لان عتقها
وان استند الى اخر عمره ثبتا بينهما للنفاذ دفعة حتى ورثته اقتصر على حال
الادا في حق الجاز كما في حق الشهادة والجناية والحد حتى لم ترثه كما

لم

لم ترث لخاه ضد المجاز في حيوتهما **مس** اعلم ان الرجل اذا كاتب
امته الحامل لا يخلو اما ان يكون الحمل ملكه ايضا او ملك غيره واذا كان ملك
غيره فلا يخلو اما ان يكاتب الزوج معها او لا فهذه ثلاثة فصول الفصل
الاول رجل كاتب امته الحامل على الف درهم على ان الحمل ليس بداخل
في الكتابة فسدت الكتابة حتى كان لكل منهما ان ينفرد بفسخها
اما الحظر في بدلها لانه سمى الفا وحيوانا لا يعرف كونه ما لا الجواز
انه لا ينفخ فيه الروح والاصل عدم الروح واما لانه شرط في الكتابة
شرطا يخالف مقتضاها لان مقتضى العقد ان تكون المكاتبة احق بنفسها
وبولدها ولهذا لو لم يستثن له الحمل دخل الولد في الكتابة وهو شرط
وجد في صلب العقد فيكون مفسدا وهذا لان الكتابة دايرة
بين البيع والتعليق اما الاول فلان صحتها تتعلق بذكر البدل
الحلال في العقد وتقبل الفسخ ويصح فيها شرط الخيار واما الثاني
فلان الكتابة تعليق للعتق باداء البدل فوفرنا على الشبهين
حظهما فقلنا بانها تفسد بالشرط الموجود في صلب
العقد نحو جهالة البدل ولا يفسد بالشرط الخارج عن العقد
نحو اشتراط المولى على المكاتب عدم الخروج من البلد لانه وان
خالف مقتضى العقد من حيث ان موجب العقد اختصاص
المكاتب بنفسه وتمكنه من الاكتساب والضرب في الارض لابتغا
المال الا انه شرط لا فايدة فيه لا للمولى ولا للمكاتب لان غرض
المولى الوصول الى بدل الكتابة وغرض المكاتب الوصول الى العتق
باداء بدل الكتابة ولا حصول لمقصودهما الا بفك الحجر عن المكاتب
وتمكنه من الاكتساب حيث شا واذا لم يكن الشرط مفيدا كان
وجوده كعدمه فيبطل ولا يفسد العقد فاما ابقا الولد في ملك
المولى مفيد فكان اشتراطه معتبرا وهو شرط يخالف
لمقتضى العقد فيكون مفسدا للعقد قوله ولا يلزم ما لو وهب

الى اخره اشارة الى ما يخالف الكتابة من العقود وهو قسمان الاول
يصح فيه العقد ويفسد الشرط والقسم الثاني يصح فيه العقد والشرط
جميعا اما الاول فكما لو وهب امته او تصدق بها او رهنها او امهرها
لامراة تزوجها او صالح عليها عن دم عمد على ان حملها له
وهذا لان الشرط الفاسد ربوا من حيث المعنى لانه انتفاع لاحد
المتعاقدين به من غير عوض يقابله والربوا انما يدخل في البيع وهو
مبادلة المال بالمال وعقد الهبة والصدقة ليسا في معناه لانهما
عقدا تبرع فلا يتحقق الربوا فيلغوا الشرط دون عقد الرهن
والنكاح والصلح عن دم العمد لانها لا تحتمل الفسخ والاقالة
فلم تكن في معنى البيع فلا يدخل فيها الربوا لان كل عقد يكون تمامه
بالفعل كالرهن والهبة والصدقة او بالقول كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد لا يقبل الفسخ والاقالة كما في العمرى الا ترى ان
النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر واذا ابطل
الشرط كانت الجارية والولد لمالك الجارية قال في التحرير وحقيقة
الفرق بين هذه العقود والكتابة ان هذه العقود لم تبطل ببطلان
المسمى فبقي العقد الموجب لاستحقاق الام فتبعها الولد ولو لم تكن
المسمى في هذه العقود لوجبت القيمة كما لو استحق المسمى وفي الكتابة
لا تجب القيمة بل تبطل فلم يبق الموجب والهبة صحت بالقبض وانه فعل
والشرط لا يقدح في الافعال واما القسم الثاني فكما لو اوصى بامته على ان
الحمل للورثة او للغير وهذا لان الوصية تجامع الخطر ولهذا صحت
بالمعدوم اذا كان مما يجوز تمليكه بعقد ما حالة الحياة وتجامع الاضافة
لان وضعها ان تكون مضافة الى وقت الموت بخلاف ما مضى ذكره
من العقود كالكتابة والهبة واخواتها لانها لا تجامع الخطر
والاضافة ولهذا لو افرد الحمل في العقد جاز في الوصية دون غيرها
لان الجنين كالطرف باعتبار الحال وكالمنفصل باعتبار المال

فجعلناه

فجعلناه تبعا كسائر الاطراف فيما ذكرنا من العقود لان صحتها
تعتمد بدلا ماليا مقدورا للتسليم وجعلناه اصلا في الوصية
اذ مبناها التوسعة والتسهيل واذا كان الجنين كالمنفصل
في حق الوصية فكذا في حق الاستثنا الا ترى ان الخلع لما قبل الاضافة
والتعليق كالوصية جاز على الحمل حتى لو خالع الرجل امراته على حمل
جاريتها كان له ذلك قوله وان لم يجز ما سماه الى اخره
اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لو كان
الجنين في حق الخلع كالمنفصل صح استثناؤه كما ذكرتم في الوصية
وليس كذلك لانه لو خالعها على جارية الا حملها صح الخلع
وبطل الشرط وتقرير الجواب بعد التسليم على احدى
الروايتين عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يقال الخلع
بمنزلة البيع في حق الجنين المشروط للمراة وبمنزلة التعليق في حق
المشروط للزوج عليها نظرا الى ما يقابله في الصورتين
اذ هو اذا شرطها بان خالعها بالف وحمل امته هذه
تكون مقابلا في حقها ببعض الالف واما اذا شرط الجنين
للزوج بان خالعها على حمل جاريتها تكون مقابلا في حقه بزوال
ملك النكاح وذلك ليس بمال ولهذا قلنا لو اكرهت
المراة على قبول بدل الخلع فقبلت لا يجب المال لفساد الخلع
اذ المطلوب من جانبها المال فكان في حقها بمنزلة البيع
والبيع يفسد بالاكراه لكونه معدم الرضا بخلاف ما اذا
اكره الزوج على الخلع فخلع حيث يقع الطلاق ويجب
المال لعدم فساد الخلع اذ المطلوب من جانبه الطلاق
والاكراه لا يفسده فافترقا قوله ولا ما لو اوصى الى
ولا يلزم ايضا ما لو اوصى الى اخره وهو اشارة الى ما يخالف
الحمل في صحة الاستثنا من الوصية وهو المنفعة فانه لو اوصى

بالامة على ان الخدمة والغلة لورثته بطل الاستثناء وتكون
الجارية وخدمتها وغلتها للموصى له لان الارث
الملك باقٍ فيما ملك المورث ملك خلافة لا ملك ابتداء ولهذا
يرد التركة بالعيب ويرد عليه ويملك الموصى له بالعكس ملك
ابتداء لا ملك خلافة ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه
والمنفعة مما لا تبقى زمانين والحمل يبقى والمنفعة مما لا تبقى
زمانين والحمل يبقى والمنفعة تملك ملكا ابتداء بدليل الاجارة
والحمل لا يملك ملكا ابتداء واذا كان كذلك فنقول
الاستثناء استبقاء المستثنى على ملك المورث فيما يجري
فيه الارث بطريق الخلافة فيعتمد وجود المستثنى
في ملك المورث ليخلفه الوارث فيه والمنفعة
معدومة فلا يجري فيها الارث وانما يملكها
الوارث ابتداء تبعا لملك العين واذا كانت كذلك فلا
يصح استثناؤها للورثة بخلاف الحمل وانما صحت
في الوصية بتقدير ابقاء العين على ملك الموصى ثم ثبوت
حق الموصى له في منفعتها ابتداء بالتمليك السابق
مضافا الى وقت الوجود كما في الاجارة حال الحياة فاما
ان يكون وصية مجردة مضافة الى المنافع فلا ولهذا
يعتبر خروج العين من الثلث فان قيل وجب ان يقدر
في حق الورثة هكذا ليصح استثناء المنفعة لهم قلنا لا ينتفع
لان الوارث ليس بخلف على الاطلاق بل فيما صار اليه
من المورث ولهذا لم يخلفه في الوصية بالاعتاق
ولا في ملك المكاتب حتى لا يملك رقبة العبد الموصى
بعتقه ولا رقبة المكاتب وان كان كل واحد منهما
مملوكا للمورث واذا كان كذلك فالمنفعة لا يملكها

المورث

المورث فلا يتحقق الخلافة فيها بخلاف الحمل الا ترى انه لو مات الموصى له
كان الحمل المستثنى من وصيته مردودا على ورثة الموصى وكانت الخدمة المستثناة تخلفه
لصاحب العين الموصى له بها ثم الغلة وان كان عين مال حقيقة الا انها قامت
مقام المنفعة فكانت منفعة حكما على انها معدومة في الحال حقيقة قوله وتعتق
اي المكاتبة في مسئلة الكتابة باداء الالف لان في الكتابة معنى تعليق العتق بالاداء فاذا
حصل الاداء حكمنا بالعتق وفاء بمعنى التعليق لان العقد وان كان فاسدا فهو اذا
اتصل به القبض ملحق بالجائز في حق افادة الاحكام فتعتق وان لم يوجد
الولد لان العقد لما وجد كان الولد جنينا لا يصلح بدلا في عقد ما
سوى الخلع فلا يتعلق العتق بادائه كما لو سمى مع الالف حرا او دما او مكاتبا
او خدمة مجهولة من حيث انها تعتق باداء الالف وان لم يوجد ما شرط معها
لعدم تعلق العقد به حيث لم يصلح بدلا بخلاف ما اذا كاتبها بالف
ورطل خمر لان الخمر يصلح بدلا في الجملة لكونه مالا مقدور التسليم وان
لم يكن متقوما في حقنا فتعلق به العقد الا ترى انه لو كاتبها
بالف على ان يطأها في مدة الكتابة فادت الالف فانها تعتق وان لم
يطأها خلافا لبشر بن غياث ثم اذا وطئها ما دامت لم تبطل الكتابة يلزمه
عقرها لانها لما ادت فقد استند عتقها الى وقت الكتابة وصار
حكمها حكم الكتابة الجائزة الا ترى انه لو وطئها غيره كان العقر لها فكذا اذا
وطئها المولى الا انه انما يتأخر وجوب العقر الى وقت الاداء في الكتابة الفاسدة
لوجوب الفسخ فلا تتعلق بايجاب العقر بخلاف البيع الفاسد لان الملك
انما يقع للمشتري بالقبض بدليل ان البائع لو وطئها في يد البائع كان العقر
للبائع لا للمشتري فكذا حكم وطي البائع قوله وتسعى في القيمة الى آخره
اشارة الى ان الالف المؤداة اذا لم تكن مثل قيمة المكاتبة بل كانت اقل فان
المكاتبة يجب عليها السعاية في باقي القيمة وفي قول ابي حنيفة رضي الله عنه
الاول تبطل الكتابة مثلها الا الى قيمتها ثم رجع الى ما ذكرنا وهو قولهما لان المستحق في
الكتابة الفاسدة قيمة المكاتب لا المسمى كما في البيع الفاسد بخلاف ما اذا كانت

الا لف اكثر من القيمة حيث لا يسترد المكاتب من الفضل شيئا استحسانا وفي القياس وهو قول
زفر رحمه الله يسترد الفضل على القيمة كما في البيع الفاسد وجه الاستحسان ما اشار اليه المصنف
رحمه الله من ان الكتابة متوسطة بين البيع والتعليق وشبه البيع وان اوجب رجوع المكاتب بالفضل فشبه
التعليق لا يوجبه والمستحق المكاتب في الرجوع بالشك لا في البيع لانه معاوضة محضة فافترقا ولانه
قبضه قبل الختاق فيما كاسبها للفساد فصار كما لو قال لها ان اديت الي الفا فانت حرة فادت الفا وخمسمائة
واما اذا كانت القيمة مساوية للالف فلا يرجع لان المضمون بالعقد الفاسد مضمون بالقيمة واما الفصل
الثاني وهو ما اذا كانت الجارية لرجل والحمل لغيره بان اوصى رجل بامته لزيد وبحملها لعمرو ومات
فكاتبها زيد على الف واستثنى الحمل تفسد الكتابة بشرط الحمل لعمرو لانه وان كان شرطا موافقا
من حيث ان الملك في الحمل ثابت لعمرو لكنه مخالف لمقتضى العقد من حيث ان مطلق العقد
يقتضي دخوله تحت الكتابة وان كان لغيره لكن بصفة التوقف على اجازة مالكه وبعد الاستثناء لا
يدخل تحت الكتابة وان اجاز مالكه واشتراط ما يخالف الكتابة في صلب العقد مفسد فان قيل
الشرط هنا لغير المتعاقدين فوجب ان لا يفسد كما لو شرط البايع ان يقرض المشتري اجنبيا درهما
قلنا نعم اذا كان الشرط زائدا اما اذا كان في صلب العقد كما في مسئلتنا فيكون مفسدا مطلقا قوله
ويتوقف بترك الشرط اشار الى ان زيدا لو ترك اشتراط الحمل ولم يستثنه تتوقف الكتابة فتوقف
كتابة الحمل كما في العبد المشترك بينهما اذا تنفذ الكتابة في الجارية بالولاء وباجازة عمرو ولانه التوقف
كيلا يتعدى الى حق الموصى له بالولد وهو عمرو ويحصل الملك بالانفصال في الولادة وبالرضا في الاجازة
سواء كانت الاجازة بعد الولادة لا تنفذ الكتابة في الولد لانه دخل في الكتابة تبعا فلا يصير مقصودا
وجه الاظهر ان استغناء الولد عنه بعد الولادة ممكن كما قبلها لان الكتابة ما تثبت فيه بعد الولادة
بالتبعية كما في الولد المشترى ثبت الكتابة فيه بالشرا بالتبعية فكذلك هنا تنفذ الكتابة فيه بالاجازة
بالتبعية قوله بلا قسط متعلق بقوله فينفذ اي تنفذ الكتابة بالولادة وبالاجازة بلا قسط يجب بازاء
الولد لصاحبه قوله اذ الكتابة تنفي قبضه الخ اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره ان يقال
ان كانت الاجازة قبل الولادة وجب ان يكون له قسط من بدل الكتابة كالولد المولود قبل القبض
فيما اذا باع الام ثم اجاز صاحب الولد من حيث انها ان ولدت قبل قبض المشتري كان له حصة
من الثمن لورود ما له شبه بالعقد وهو القبض عليه بخلاف ما اذا ولدت بعد قبض المشتري
لم يرد عليه عقد ولا قبض ذكره ابو يوسف رحمه الله في الامالي قال الفقيه ابو الليث رحمه الله

ينبغي

ينبغي ان يكون في الكتابة كذلك وتقرير الجواب وهو الفرق ان بدل الكتابة هنا وان كانت بمنزلة
المشتري الا ان قيام الكتابة في الولد وان كانت موقوفة تنفي امكان قبضه فلا يتصور ان يجعل الام
قابضة له لوجود المانع سواء وجدت الاجازة قبل الولادة ام بعدها والكتابة ايضا لم يرد ولم يظهر الحكم
بنص عليه حالة العقد وانما دخل في الكتابة تبعا لما ذكرنا واذا لم يرد عليه العقد ولا ما
يشبهه تعذر ان يجعل له قسط من الثمن بخلاف الولد المولود قبل قبض المشتري لان قيام عقد
البيع في الجنين لا ينفي امكان قبضه تبعا للام فاذا قبضها امكن ان يجعل له قسط من الثمن كما ذكرنا قوله
لكن يشترط حيوتها الى آخره استدراك من قوله فينفذ اي تنفذ الكتابة بالاجازة الى آخره لكن
بشرط حيوة الام حتى لو اجاز صاحب الولد الكتابة بعد موت الام لم تصح اجازته لان الحكم بثبوت
العتق باداء بدل الكتابة اذا تركت وفاء والحكم بثبوت العجز لعدم الاداء فيما اذا تركت وفاء وهلك المال
قبل الاداء يستند كل منهما الى آخر حيوتها فتنقضي الكتابة حينئذ فاذا اجاز صاحب الولد لم يصادف اجازته
كتابة قائمة في الام التي هي شرط صحة الاجازة في الولد ولا عقد حدث بعد موت الام لتعتبر الاجازة في الولد
بناء عليه فبطلت الاجازة ضرورة قوله وان تركت ابنا آخر الى آخره الواو فيه للتحقيق كما في قوله
صلى الله عليه وسلم دخل الجنة وان زنا وان سرق كما قررناه غير مرة فالمعنى انه تنفذ الكتابة
في الولد بالاجازة بشرط حيوة الام سواء تركت ولدا آخر غيره او لم تترك وفيه اشارة الى جواب سؤال
مقدر وتقريره ان يقال الولد الثاني خلف الام وقائم مقامها ولهذا يسعى في نجومها وفيما عليها
من الدين لانه مولود في كتابتها فله اذ هي قد نفذت بولادة الولد الاول كما قدمناه والولد المولود
في الكتابة القائم خلف الام في السعاية بالاجماع لسراية الكتابة اليه حالة اتصاله كما سرى
التدبير والاستيلاد وانفصل بتلك الصفة فكانت الام كالقائمة حكما ولو كانت حية حقيقة
صحت اجازة صاحب الولد فكذا اذا كانت حية حكما وتقرير الجواب انه بقاء الام ميتة حقيقة
والولد الثاني وان كان خلف الام بالسعي في نجوم كتابتها لحدوثه بعد نفاذ كتابتها في
الولد الاول كما ذكرنا ثم لكن ضرورة تحصيل الاداء الموجب للحرية فيقتصر على ذلك لان ما
ثبت بطريق الضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى الاجازة وغيرها من الاحكام ولهذا لا يحل
دينها المؤجل بموتها ولو كان الولد قائما مقامها في جميع الاحكام لما حل دينها فصار كالفضولي اذا كاتب جارية
الغير فولدت ثم ماتت وبقي الولد فاجاز مولى الجارية كتابتها لا تصح اجازته لعدم شرطها
وهو قيام المحل عند الاجازة ولا يجعل الولد قائما مقامها في حق بقاء الكتابة الموقوفة لذا هنا

واما الفصل الثالث وهو ما اذا كان للجارية الحامل زوج مملوك لمولاها وقد اوصى المولى بحملها لرجل
واوصى لاخر بالحمل ثم مات الموصي فكاتب صاحب الجارية الزوج معها كتابة واحدة وتنبيه المسئلة
بحالها فان اجازة صاحب الولد الكتابة بعد موت الام قبل موت الاب لغو لما مر من ان شرط
صحة الاجازة حيوة الام لان الولد في الكتابة يتبع الام دون الاب ولهذا كان كسبه لها دون الاب
واما في العكس وهو ما اذا اجاز قبل موت الام بعد موت الاب فالاجازة معتبرة استحسانا والقياس
ان لا يصح الاجازة لانها لم تصادف كتابة قايمة في الحال لان الام اما ان تعجز او تعتق بالادا
من كسبها او من كسب الزوج والعتق والعجز يستند كل منهما الى اخر حيوة الزوج اما العجز فظاهر واما
العتق فبدليل انها ترث الزوج واذا تبين ان الكتابة منتهية بموت الزوج ظهر ان اجازة صاحب
الولد لم يصادف كتابة قايمة فتلغو فعلى وجه القياس وهو المذكور عن محمد رحمه الله في الزيادات
يشترط لصحة اجازة الكتابة في الولد قيام الكتابة في الابوين وعلى رواية الجامع وهو الاستحسان
يشترط قيام كتابة الام خاصة وجه الاستحسان ان عتق الام بالادا وان استند الى اخر عمر
الزوج فيما بينه وبين المراة لانعقاد كتابتهما دفعة واحدة حكما لتعلق عتقهما بالادا بدليل
ارتباطهما كما ذكرنا الا انه اقتصر على حالة الادا في حق الولد المجاز فيه الكتابة لكون الاجازة ليست من
حقوق كتابة الاب كما اقتصر في حق الشهادة والجناية والحد الا ترى انه لو مات الزوج فشهدت
الجارية في حادثة او جني عليها او جنت هي او عليها حد ثم ادت بدل الكتابة وعتقت كان حكمها في الشهادة
والجناية والحد لها وعليها حكم الاماء ولهذا لم يرث الولد اباه وان عتق بعتق الام لان العتق وان استند الى وقت
موت الاب الا انه انما يظهر في حقه وفي حق من هو تابع له والولد ليس بتابع له فلا يظهر حكم الاستناد
في الاب بالنسبة الى الولد واذا كان الولد عبدا حالة موت الاب لا يرثه كما لم يرث اخاه الحر فيما اذا مات
الاب ثم الاخ الحر ثم ادت الكتابة وحكم بعتقه مستندا الى اخر عمر الاب لان ارثه من اخيه ليس من حقوق كتابة
الاب كذلك هنا فان قيل ان لم يكن الولد تبعا للاب فهو تبع للام والام تحقق في اخر عمر الاب فوجب
ان يحكم بعتق الولد حينئذ فيظهر ان الاب مات والولد حر قلنا الام عتقت بالادا تبعا للزوج والتابع
لا يستتبع غيره فيما كان تبعا فلا يعتق الولد الا حين الادا مقصورا عليه فيظهر ان الاب مات
والولد عبد فلا يستحق الارث وهذا بخلاف ما اذا اجاز صاحب الولد الكتابة في حيوة الابوين حيث يرث
الولد اباه لان الاجازة وافقت كتابة قايمة في الابوين فشاركهما الولد في العقد حال حيوتهما وصار كان المولى كاتبهم
كتابة واحدة فعتقوا دفعة واحدة وظهر ان الاب مات عن امراة حرة وابن حر فيرثه من ابيه واخيه والله اعلم

باب كتابة الغايب

ص باب كتابة الغايب لو قال كاتبني والغايب بالف ففعل فالتعبد المحاضرة
على الغايب تبعا احسن من التوقيف نحو بالتمام كالولد الكبير بما سعة لعدم الولاية والرضا
بالضرر ولا يوخذ كسبه ضد الولد لانه كسب الاصل ولا باع وان ردا وعجز نفسه كلا يصير التبع في العقد
اصلا في الفسخ كالولد ولا يوخذ بالبدل وان اجاز حدا از لعقد النافذ او قبل مقتضاه كالواجازة
كفالة الفضولي او زكاته عنه او خلعه او صلحه على ماله لعقد الوكيل عن مولاه بامره وادى
بعد العتق لم يرجع ولو ضمن ذلك مع المحجور لم يغرم ويجبر المولى على القبول ان ادى لانه
كالولد ضد الاجنبي ذ وبخط كوصي ادى الدين من ماله ويسقط قسطه ان اعتق ويسعى
خلافه ان اعتق الحاضر ضد الولد لانه وان لم يقبل فالمولى قابل به والضرر في التوزيع
دعوى لا بالحر وبما الابرى انها لو قالت طلقني وسعدى بالف على ففعل بانت سعدى وان لم يلزمها
مال لكن الاجل ابرا موقت ولو ابراه مطلقا لغا لعدم الدين بخلاف ما لو ابرا المخاطب لانه ملك
ما عليه معتقا كما لو ادى ولا يسقط الموت شيئا لانه ضد العتق لا يفسخ اذ لا يغني عنه
بل يؤدي الحي ويحق ولا اولاد الميت من موالي الام الى مواليه كالولادة لزوال العذر
باسناد العتق الى ما قبل الموت عبد قال لمولاه كاتبني وعبدك فلانا الغايب بالف
من غير ان يامره الغايب بذلك ففعل المولى نفذت الكتابة في حق الحاضر والغايب جميعا
استحسانا والقياس ان ينفذ على الحاضر بحصته من البدل ويتوقف في حق الغايب على اجازته
حتى يملك المولى بيعه لانه لا ولاية للحاضر عليه فصار كما اذا باع الرجل عبد نفسه وعبد غيره
فانه ينفذ بيعه في عبد نفسه بحصته ويتوقف في عبد الغير على اجازته وجه الاستحسان
ان تنفيذ تصرف العاقل اذا امكن احسن من توقيفه تحريا بالتمام العقد لان الموقوف منعقد
في حق العاقد دون الحكم فكان ناقصا والنافذ منعقد من كل وجه ويترتب موجبه عليه
والاصل في التصرف وقوعه تاما وعقد الكتابة كما يمكن تنفيذه بطريق الاصالة يمكن ايضا بطريق
التبعية كما في الولد المولود في الكتابة والولد المشترا فيها فان تعذر التنفيذ في حق الغايب
بطريق الاصالة امكن بطريق التبعية على معنى انه يعلق عتقه باداء الحاضر فان قيل هذه
كتابة بدل على الغير فكانت باطلة قلنا انما تبطل اذا كان الغير لا يستفيد به نفعا اما اذا كان يستفيد
به نفعا كان البدل بازا امكاتبته من وجه وبازا امكاتبة الغايب من وجه ومثله لا يمنع ايجاب
البدل فيه على الغير لكن انما تنفذ الكتابة في حقه بالنسبة الى ما ينفعه كحصول العتق له
باداء الحاضر لا في حق حكم يتضرر به كلزوم البدل لان نفوذ التصرف على الغير انما يتحقق
بالولاية عليه او برضاه ولا ولاية للمولى والحاضر على الغايب في اثبات تصرف يتضرر به الا برضاه

والمرض بالضرر واذا كان كذلك فلا يوخذ كسبه لانه صار مكاتبا في حق المولى والحاضر فاختص باكساب نفسه بخلاف كسب الولد فيما لو كان مكان الغايب ولد الحاضر حيث كان لابيه ان ياخذه لانه كسب الاصل وهو الاب بواسطة كون الولد من كسبه بخلاف الغايب لانه ليس من كسب الحاضر فافترقا وليس للمولى ان يبيع الغايب سوا رد الكتابه ام لم يرد وسوا عجز نفسه ام لا

قوله كيلا يصير التبع في العقد اصلا الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا رد الغايب الكتابه ورضي المولى وجب ان ينفسخ كتابته لان الكتابه النافذه يحتمل الفسخ فالموقوفه اولى وتقرير الجواب ان يقال الغايب دخل في عقد الكتابه تبعا للحاضر والتبع في العقد لا يمكن جعله اصلا في الفسخ كولد المكاتب اذا فسخ المولى الكتابه فيه برضا ابيه لا ينفسخ فكذا هذا وليس للمولى والحاضر ان يطالب الغايب بالبدل سوا اجاز الكتابه ام لم يجز اما الثاني فظاهر وكذا اذا اجازه اما لان الاجازه يتعذر اعتبارها لفقد شرط صحتها وهو التوقف اذ كتابته قد نفذت تبعا للحاضر وتنفيذ النافذ محال واما لان في المطالبه قلب مقتضى العقد في حقه لان العقد في حقه وقع غير موجب للمطالبه فلا ينقلب بالاجازه موجبا لها كما لو اجاز المديون كفاله الفضولي عنه بالدين او اجاز الغني زكاته عنه او المراة خلعه على ماله او المديون صلحه على مال نفسه فانه في هذه الصور لا يرجع بما ادى اذ تصرف الفضولي لم يقع موجبا للرجوع فلا ينقلب موجبا له ولهذا المعنى لو كفل عن مولاه بامره وادى الدين بعد عتقه لم يرجع لوقوع الكفاله غير موجبه للرجوع على المولى وكذا الرجل اذا كفل بدرك بيع العبد المحجور او الصبي المحجور بعد قبضهما الثمن لا يرجع بما غرم اذا استحق المبيع وغرم الكفيل الثمن للمشتري لان قبض الثمن وقع غير مضمون عليهما فلا ينقلب مضمونا والكفاله بغير المضمون لا تصح بخلاف ما لو كفل قبل نقد الثمن لانه انما نقد الثمن بنا على كفالته

قوله ويجبر المولى الى اخره اشاره الى ان الغايب لو حضر واختار الادا وادى البدل اجبر المولى على قبوله بمعنى انه اذا خلا بين المولى وبين المال يجعل قابلا ويحكم بعتقهما

قوله لانه كالولد ضد الاجنبي الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال الجبر على القبول انما شرع نظرا لمن عليه ليتمكن من تفريغ ذمته ولا دين على الغايب فصار كالاجنبي اذا تبرع باداء بدل الكتابه من حيث ان المولى لا يجبر على قبوله وتقرير الجواب وهو الاستحسان ان يقال الغايب بمنزلة الولد من حيث ان كل واحد منهما له حظ في ادايه لان الادا وسيله الى عتقه فصار كصبي الميت اذا ادى الدين من مال نفسه وهناك يجبر الغريم على قبوله لما له من الحظ في الادا وهو سقوط المطالبه عنه فكذا هنا

بخلاف الاجنبي اذ لا حظ له في ادا بدل الكتابه فافترقا ولما اطلق المصنف رحمه الله القول باجبار المولى على القبول والمذكور في التحرير وغيره ان الغايب اذا ادى البدل في حياة الحاضر لا رواية فيه قال الهاشمي رحمه الله فللقايل ان يقول يجبر المولى على القبول ليصل الى الحق المستحق له على ما بينا وللقايل ان يقول لا يجبر لان وصوله الى العتق مرجو باداء الحاضر فلا منفعه له في لزوم البدل بخلاف ما اذا مات الحاضر لانقطاع هذا الرجا فكانت منفعته في لزوم البدل لينال الحريه بالادا

قوله وسقط قسطه ان اعتق الى اخره اشاره الى ان المولى لو اعتق الغايب سقط قسطه من بدل الكتابه ويسعى الحاضر في حصة نفسه على نجومه وان اعتق الحاضر دونه سعى الغايب في حصة نفسه حالا ان شا والا رد في الرق

قوله ضد الولد الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال الغايب دخل في كتابه الحاضر تبعا فوجب ان لا يسقط باعتاقه عن الحاضر شي من بدل الكتابه كما اذا اعتق المولى ولد الكاتبه وتقرير الجواب ما اشار اليه المصنف رحمه الله من ان الغايب وان دخل في الكتابه تبعا للحاضر من حيث انه لم يوجد منه القبول الا ان المولى قابل الالف برقبته ورقبة الحاضر مكان الالف في حق المولى والحاضر بدلا عن الرقبتين جميعا لكن انما يظهر حكم هذه المقابله فيما ينفع الغايب دون ما يضره والضرر في توزيع الالف عليهما حال دخولهما في عقد الكتابه فلا يثبت التوزيع في حق الغايب لعدم ولايه الغايب عليه في الزام ما لم يلتزمه ولا ضرر عليه في التوزيع حال خروجه من عقد الكتابه بالعتق فاعتبر التوزيع حينيذ وقد فات باعتاقه بعض ما عقد عليه الحاضر فوجب سقوط ما يقابله من البدل الا يرى ان المراة اذا قالت لزوجها طلقني وامراتك سعدى بالف من مالي فعل بانت سعدى لوقوع الطلاق عليها بمال ووجب على غيرها كذلك هنا صحت كتابه الغايب ببدل ووجب على الغايب مكاتبا في حق الغايب كتابه بغير بدل وفي حق الحاضر والمولى ببدل واذا اعتق احدهما سقط حصته

قوله لكن الاجل ابرا موقت الى اخره اشاره الى العله في وجوب السعايه على الغايب حالا عند اعتاق المولى العبد الحاضر وبيانه ان يقول تاجيل الدين ابرا موقت والمولى لو ابرا الغايب ابرا مطلقا كان لغوا لعدم وجوب الدين عليه فكذا اذا اجله وهذا بخلاف ما لو ابرا المخاطب بالكسر وهو الحاضر ابرا مطلقا حيث يصح لوجوب الدين عليه فملك الدين بالابرا وعتقا كما يعتقان اذا ادى واذا كان الابرا المطلق معتبرا في حق الحاضر فكذا الابرا الموقت فلهذا يسعى في حصته موجلا عند اعتاق

الغايب فان قيل الغايب تبع فوجب ان تعتق باعتاق متبوعه وهو الحاضر كالولد
قلنا نفوذ الكتابة باب فيما بين المولى والحاضر لا بطريق التبعية بل بطريق
الاصالة كانهما حاضران عند العقد بخلاف الولد لانه تبع من كل وجه فافترقا
قوله ولا يسقط الموت شيا الى اخره اشاره الى ان احد العبدين لو مات لا يسقط
شي من البدل بخلاف ما اذا اعتق احدهما والفرق ان الموت لا ينفسخ الكتابه
لانها تعليق العتق باد البدل والموت لا يغني المكاتب الحي عن حصول مقصوده من ذلك
التعليق اما في موت الحاضر عن وفا فظاهر وان مات عن غير وفا فللغايب ان يودي
البدل فيعتقان او يرد الكتابه ويبقى مملوكا واما في موت الغايب فلانه لما لم يكن عليه شي
من البدل كان مونته وحصانته سوا في حق الحاضر واذا بقيت الكتابه كان البدل ايضا باقيا
بخلاف اعتاق احدهما لانه اغناه عن التنجيز عن التعليق فانفسخت الكتابه في حقه ضروره
فلا يبقى البدل بعد ذلك فافترقا واذا لم يسقط شي بموت احدهما كان للحي ان يودي
تحصيلا لمقصوده وهو العتق فاذا ادى الحي عتقا وجر ولا اولاد الميت من معتق
امهم الى موالي ابيهم كما يجر ولا اولاد نفسه من معتق امهم الى مواليه لان الولا كالنسب
والنسب يختص بالاب الا اذا تعذر لرق الاب فيكون لموالي الام الى ان يزول التعذر
وقد زال في حق الميت لانه باد الحي استند عتقه الى ما قبل موته فتبين انه مات حرا
نظيره ولد الملاعنه ينسب الى امه فاذا اكذب الزوج نفسه يحول اليه
وان قال كاتب الغايب بالف او زاد على اني ضامن ففعل لم ينفذ ما لم يجز الغايب حذار
الزام من لم يلتزم او لم يدخل في العقد المشروط بالبدل كالبيع ضد الاولى والخلع والصلح
فان ادى المخاطب قبل الرد عتق وفا بالتعليق معنى كالغير والضامن يسترد للفساد
كما في النافذ اذ اللزوم ينفي الضم ضد دين اخر ودونه لا نعني الضمان ولا يرجع به المولى
على المعتق لفقد الالتزام ضد النافذ لشرط السلامه معنى وغير الضامن لا يسترد
لتمام الغرض من الاحسان بخلاف ما لو ادى البعض للعدم ونحو هبه الرحم المحرم
والغير بخلاف النافذ لان البراة عرض والعجز وان تافي البدل لم ينف الضربه بخلاف
الثمن والمهر اذ لا غرض سوى عوض ابطله الموت والردة ش رجل قال لاخر
كاتب عبدك فلانا الغايب بالف درهم او قال بالف على اني ضامن لها من غير ان يامره العبد
ففعل المولى ذلك لم تنفذ الكتابه ما لم يجزها الغايب لانها لو نفذت في حقه لا يخلو اما ان تنفذ
ببدل على العبد وذلك محال لعدم التزامه واما ببدل يجب على الحر المخاطب وذلك لا يجوز

لان الكتابه عقد يشترط فيه البدل فكان كالبيع وشرط وجوب البدل في المعاوضه دخول
المبدل في العقد والغايب لم يدخل في العقد قصدا لغيبته ولا تبعا فيعين التوقف بخلاف ما مر
في المسله الاولى لانه امكن جعل المخاطب اصلا في العقد لكونه عبدا والغايب تبعا له
وهنا المخاطب حر لا يمكن دخوله في العقد فلا يصلح مستتبعا للغايب فافترقا وبخلاف
ضمان الحر في الخلع والصلح حيث ينفذان من غير توقف لان كل واحد منهما لا يشترط فيه
البدل لانفراد الزوج بالطلاق ورب الدين باسقاطه فكان ضمان الاجنبي فيهما بمنزله التزام
المال ابتدا وهو من اهل الالتزام فلا يحتاج في صحته الى اجازه الملتزم عنه فقول
المصنف رحمه الله حذار الزام من لم يلتزم اشاره الى العله في الوجه الثاني وقوله
او لم يدخل في العقد اشاره الى العله في الوجه الثالث وتقييد العقد بكونه مشروطا فيه البدل
اشاره الى العله في الوجه الاول وتشبيهه بالبيع تنبيه على النظير قوله وان ادى المخاطب
الى اخره اشاره الى ان الحر اذا ادى بدل الكتابه الى المولى قبل ان يرد الغايب عقد الكتابه
عتق وفا بالتعليق المعنوي لان الكتابه تعليق العتق بالادا والتعليق لا يتوقف لاستبداد
المولى به فكان الشرط ادا البدل منه او من الغايب فاذا ادى البدل يعتق كما لو ادى الغير
الا ترى ان الاجنبي اذا تبرع بالادا في الكتابه النافذه يعتق العبد فكذا هنا قوله
والضامن يسترد للفساد اشاره الى ان المخاطب اذا ضمن بدل الكتابه يسترد ما دفعه لفساد
الضمان كما يسترد في الكتابه النافذه وهذا لان ضمان البدل في النافذه لو صح لكان اما على وجه
اللزوم واما بدونه والاول ممتنع لان اللزوم ينفي صحه الكفاله لتعذر معناها وهو الضم
اذ من شرطه الاتحاد ودين العبد غير لازم لتمكنه من اسقاطه بتعجيز نفسه بخلاف الضمان
بدين اخر غير بدل الكتابه لامكان تحقيق معنى الضم فيه فافترقا واما الثاني فلان اثباته
دون لزوم الدين لا يعني شيا اذا استرد البدل من المولى لم يكن للمولى ان يرجع به
على المعتق لعدم التزامه بخلاف ما اذا كانت الكتابه نافذه لشرط السلامه فيها من حيث المعنى
اذ هو لم يرض بخروج الرقبه من ملكه بغير بدل وقد سلمت الرقبه للعبد فوجب ان تسلم
للمولى بدلها وباستحقاق الاسترداد ظهر انه لم يسلم له وكان له ان يرجع على المعتق بذلك
هذا كله اذا كان الحر المخاطب ضامنا واذا لم يكن ضامنا فلا يسترد شيا من المدفوع اليه
لان غرضه من الادا الاحسان الى العبد بتخليصه من ذل الرق وقد تم غرضه بالعتق بخلاف
ما لو ادى المخاطب بعض البدل حيث كان له ان يسترده وان كان الدفع بغير ضمان لعدم
حصول غرضه من الدفع حيث لم يعتق العبد باد البعض نظير الاول ما اذا وهب الرجل

شيا الذي رحم محرم منه لا يرجع فيه لحصول غرضه من التبرع وهو صلة الرحم المندوب
الى وصلها ونظير الثاني ما اذا وهب للغير وهو الاجنبي حيث يرجع ما لم يعوضه لعدم حصول
غرضه وهذا بخلاف الكتابة النافذة حيث لا يسترد البعض فيها من المولى وان دفع بغير
ضمان ثم عجز الكاتب ورد في الرق قوله لان البراءة غرض الى اخره اشارة الى جواب
سوال مقدر وتقريره ان يقال الحكم بعجز الكاتب فسخ ينافي كون المدفوع بدلا عن الكتابة
فوجب ان يكون للمخاطب ان يسترده لعدم حصول غرضه فصار كالو تبرع باداء الثمن
او المهر ثم انفسخ العقد بموت المبيع او بردة المراة وهناك له ان يسترد لعدم حصول غرضه
وهو كون المدفوع ثمنا او مهرا فكذا هنا وتقرير الجواب ان يقال براءة ذمة المكاتب
غرض صحيح للمتبرع عليه وقد امكن تحقيق غرضه لان بدل الكتابة ليس ببدل محض بل هو
بمعنى ضريبة ضربها المولى عليه بعقد الكتابة بدلا عن خدمته ولهذا الا يحبس فيها الا يرى
ان المولى اذا ضرب على عبده المديون ضريبة مثله واخذها منه سلمت له ولا يتعلق بها
حق الغرماء لانها بدل خدمته واذا كان كذلك فنقول العجز ان نافى كون المدفوع
بدل الكتابة لا ينافي كونه ضريبة فاذا بطل كونه كتابة لم يبطل كونه ضريبة بخلاف الثمن
والمهر اذ لا عرض فيهما سوى عوض ابطله الموت في صورة البيع وردة المراة في النكاح
وبطلان العوض بفوت الغرض فيثبت له ولاية الاسترداد ص كذا كاتب ابني اذ الرق
يقطع سلطة الاب لكن يشترط العقل حال العقد والا لا يتحقق اذ لا مجيز فلا يعتق بالاداء الا
ان تعلق نصا كما في الجنين وقيل يكفي بالعقل حال الامضاء اما مجنون لا يطيق في حق
النفع ش اي وكذا تتوقف الكتابة اذا قال الحر لمولى ابنه كاتب ابني على الف ففعل
لان الرق يقطع ولاية الاب عن ابنه الصغير كالبلوغ في ولده الحر لكن انما تتوقف الكتابة
اذا كان الصغير ممن يعقل البيع والشراء حال وجود عقد الكتابة وهو اختيار بعض المشايخ
رحمهم الله واما اذا لم يكن يعقل العقد فيبطل لعدم المجيز له حال وقوعه واذا كانت كتابته
باطلة فلا يعتق وان ادى الاب عنه الا ان يعلق المولى عتقه بالاداء نصا كما في الجنين اذا كاتب
رجل عنه وضمن البدل من حيث انه ان اطلق المولى لا يعتق بالاداء وان علق عتقه نصا بان قال
ان اديت الى الفا فهو حر وادى عتق وان لم يجز الكتابة اذا وضعته امه لاقل من ستة اشهر
من وقت الكتابة لانه علق عتقه باداء الحر عنه وقد وجد الاداء فيعتق ويرجع الحر بما ادى
للفساد كما ذكرنا قال بعض مشايخنا رحمهم الله يكفي العقل حال امضاء الكتابة واجازتها
لان العقد حال وقوعه ان لم يكن له مجيز حقيقة لكن له مجيز حكما وهو نفع محض فكان اهلا له

والعقل منتظر فيتوقف كالفضولي اذا باع مال مجنون جنونه غير مطبق ثم افاق واجاز
البيع جاز وان كان العقد لا مجيز له حال وقوعه لعجز المجنون وعدم ولاية القاضي عليه
لكون جنونه غير مطبق واعلم ان اختلاف المشايخ رحمهم الله في هذه المسالة بناء على الاختلاف
في تاويل قول محمد رحمه الله حيث قال لا يصح الا ان يعقل فيجيز قيل اراد به اذا جدد عقدا بعد ما
حال العقل وقيل بل المراد به ذلك العقد قال في التحرير والهاشمي وهو الاصح وفي الوجيز
قال هو الصحيح وفي قول المصنف رحمه الله اشارة الى ان الاول اختياره حيث قدمه
وذكر الوجه الثاني بصيغة التمريض حيث قال وقيل يكفي العقل حال الامضاء ويؤيده
كونه المنصوص عليه في الهداية ص وان قال شريك فعل مكاتب النصيب لا الكل
عكس ما قالا تفريعا على التجزي ويبطل حق التضمين بعد العتق والفسخ قبله للرضا
دون حق الاستسعاء والكسب وفا بالشركة الا ان ياذن في قبض البدل ايضا فلا يشرك
في المودى المكسوب بعد الاذن قبل الموت والنهي اذ تم احسانا بالبدل او ضريبة كما مر
والاذن مكن من منفعة لا يضمنها وان كان مريضا اذ حق الورثة فيها في الملك بدليل
الوصية لا قبله بدليل الاعارة لكن في الاباء لا الماضي بدليل ان من علق المريض عتقه
باداء القيمة يعتق به من كل المال ويرجع المولى بالمكسوب قبل العتق لا بعده ش عبد بين شريكان
في عبد قال احدهما للاخر كاتب شقصك بالف ففعل المامور يكاتب نصيبه خاصة لا الكل
عند ابي حنيفة رحمه الله عكس ما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من انه يكاتب الكل لا النصيب
خاصة فيكونه مكاتبا بينهما والدليل المسمى تفريعا على القول بتجزي الكتابة عنده كالاعتاق
خلافا لهما ويبطل حق الاذن في تضمين شريكه بعد العتق موسرا كان او معسرا وحق فسخ
الكتابة قبل العتق لرضاه بضرر الكتابة ويبطل في استسعاء العبد بعد العتق لاحتباس
نصيبه عند العبد كما عرف وكذا لا يبطل حقه في الكسب قبل العتق حتى كان له ان يرجع
على شريكه بنصف ما اخذ من العبد بدلا عن الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما
الا ان يكون الاذن قد اذن له في قبض البدل ايضا فحينئذ لا يكون له ان يشاركه في البدل
المودى ان كان اداه من كسب اكتسبه بعد اذنه بالكتابة قبل موت الاذن وقبل نهيه شريكه
عن القبض سواء ادى الكل وعتق ام البعض وعجز لان الغرض من الاذن بالكتابة وقبض
البدل الاحسان الى العبد ببراءة ذمته وقد تم الاحسان باداء الكل على وجه البدل وفي اداء
البعض على وجه الضريبة كما مر قبل هذا بخلاف ما اذا ادى من مال اكتسبه قبل الاذن
حيث كان للاذن ان يشارك القابض فيه لان اذنه بالقبض لم ينصرف الى قبض مال اكتسبه

قبل الاذن لان الغرض من الاذن بالكتابة تحريض العبد على الاكتساب وذلك انما يكون في المستقبل
ليتمحض الاداء منه فيملك المولى ما لم يكن مملوكا له قبل ذلك وبخلاف ما اذا ادى من مال اكتسبه
بعد موت الاذن او بعد نهيه الشريك عن القبض اما الاول فلان الاذن يبطل بالموت
فكان الكسب بعده للورثة وقد اخذه الشريك بغير اذنهم فكان له استرداد نصفه واما
الثاني فلان الاذن تبرع بنصيبه من الكسب والتبرع قبل تمامه يقبل الفسخ والرجوع
وغير المقبوض لم يتم التبرع به ولم يحصل الغرض منه بخلاف المقبوض فافترقا قوله
والاذن مكن من منفعة لا يضمنها وان مريضا الى اخره اشارة الجواب بسؤال مقدر وتقريره
ان يقال لو كان مريضا حال اذنه فادى العبد بدل الكتابة ثم مات الاذن ولا مال له غيره
وجب ان يرجع الوارث على الشريك الحي ثلث بدل الكتابة وهو ثلثا نصف البدل
وان كان من كسب اكتسبه بعد الاذن وفا بحق الشريك لنفاد التبرع في ثلث النصف دون
الثلثين وتقرير الجواب وهو الفرق بين الكسب الحاصل قبل الاذن والكسب الحاصل بعده
ان يقال الاذن بالاذن مكن الشريك من منفعة العبد والمنفعة غير مضمونة عليه
وان كان مريضا اذ حق الوارث تعلق بها اي يتعلق بها حال ثبوت الملك له حقيقة وحكما
ولهذا حكمنا بعدم ملكه العين الموصى بمنفعتها وجعلناها باقية على ملك الميت حكما ولا يتعلق
حقه بها ايضا قبل ثبوت ملك العين له ولهذا لو اعار المريض عينا لا يعتبر فيه الثلث
والثلثان فاذا ثبت ان كان الاذن متبرعا بالمنفعة في الابتدا وفي الانتها صار متبرعا
بالعين لان الاذن استحق نصف الكسب الحاصل بدليل انه لو نهى الشريك عن القبض صح
نهيه والاذن ليس بلازم فكان لدوامه حكم الابتدا كالوكالة ولهذا لو وكل الصحيح رجلا
بالطلاق البائن ثم مرض ففعل الوكيل في مرضه صار الزوج فارا كما لو انشاه هو بنفسه
في المرض قلنا حق المراة تعلق بمال الزوج ثم وقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك
لان اعتبار وقت التوكيل يبطله واعتبار حالة الايقاع لا يبطله واما في مسئلتنا حق الوارث
لم يتعلق بالكسب فباعتبار الابتدا لا يثبت لانه منفعة وباعتبار الانتها يثبت فلا يثبت
بالشك قوله لكن في الاتي لا الماضي الى اخره استدراك من قوله والاذن مكن العبد
والاذن مكن من منفعة لم يضمنها لكن في الزمان المستقبل لا في الزمان الماضي لما قلنا
من ان المقصود من الاذن التحريض والتحريض على الاكتساب لا يتحقق في الزمان الماضي
ولهذا لو علق المريض عتق عبده باداء القيمة يعتق بادائها من كل المال ويرجع المولى عليه
بمثل ما اكتسبه من القيمة قبل العتق لانه كسب عبده لا بما اكتسبه بعده لانه بالتعليق

كان صح

يصير ماذونا لانه رغبة في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي
وكان ماذونا له فيها دلالة واعلم ان تقييد الرجوع في المتن بكونه قبل العتق
مشكل ان لم يكن الناسخ صحف التعليق بالعتق اذ الحكم انه لا رجوع بالمكسوب قبل العتق
اذا كان بعد التعليق وقد كشفت نسخا متعددة فوجدتها متفقة على لفظ العتق وعندي
ان خفا مثل هذا على مثل المصنف رحمه الله بعيد فعليك بالكشف من نسخة اخرى واعلم
ايضا ان المذكور في التحرير والوجيز وغيرهما تعليق العتق باداء الالف لا بالقيمة وانما وضع
المصنف رحمه الله في القيمة تنبيها على ان العتق المعلق باداء القيمة كالمعلق باداء الالف
من حيث نزول العتق بالاداء ولهذا لو كاتبه على قيمته كان فاسدا للجهالة لكنه يعتق
بادائها لان الكتابة فيها معنى التعليق وقد تصادقا على وجود الشرط وتيقنا به عند اداء
القيمة بخلاف الثوب فيما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداية لان جهالته لا يمكن
دركها اذ لا يعرف الثوب المشروط اداوه فافترقا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الشفعة باب تسليم الشفعة

قوله المواثبة سلمت لك الشفعة او بعتها او وهبتها منك للعاقد او الموكل اسقاط
تحريا للصحة بالحمل على الابرا وان اباه القياس حيث زال اليد والملك اذ وهم العود كان
بعد السبب بدليل صحة الابرا عن عيبه من ابق او بيع او كونه ولغيرهما لغو لتعذر الاسقاط
والتمليك الا حال شفاعته بحمل اللام للتعليل كسلمت لاجلك وطلقت لمشيه زيد لهذا
لو قال لمولى المدبون او وارثه او لمن يشفع ان يزوج او لا يطلق وهبت لك الدين
او بنتي او الطلاق سقط الدين وكان العقد الخاطب ولم يقع شي ضد خطاب الغير
وبعد وهبا تركته وصححت واعرضت والعفو عن الدم لما مر لا يلزم ما لو لم يضف
للمكنه تصرف المطلق الى من عليه مثل عفوت او برئت عما على زيد ولا تركت طلاقك
لانه يحتمل الارسال والامساك سوا فينوي ولا اعرضت عنه اذ اللفظ لا ينبي والحل ضد
الشفعة لا يبطل بالاعراض ش اعلم ان الشفعة تجب بالبيع وتتاكد بالطلب وتملك
بالاخذ والطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير فطلب المواثبة ان يقول الشفيع
حين يسمع بالبيع طلبت الشفعة ونحو ذلك سوا كان بحضرته احد ام لم يكن ويشهد عليه
وطلب التقرير ان يشهد عند العاقد بايعا كان او مشتريا او عند الدار اذا عرفت هذا
فنقول دار بيعت بحضرة الشفيع وطلب الشفعة ثم قال سلمت لك الشفعة او بعتها
او وهبتها منك فهو اسقاط لحقه في الشفعة سوا كان مخاطبا للعاقد ام الموكل العاقد

لان حق الشفعه لما لم يحتمل التمليك اصلا لكونه حقا ثبت شرعا مع وجود المنافي لما فيه
من تملك مال الغير بغير رضاه حمل على الابرا عنه تحريا للصحه كلام العاقل البالغ واذا كانت
هذه الالفاظ اسقاطا وقد خاطب بها العاقد فقد اسقط ما ثبت له من الحق في قبله
سوا كان مشتريا لنفسه ام لغيره وسوا كان بايعا لنفسه ام لغيره لان الاخذ بالشفعه
من حقوق العقد فكان العاقد خصما فيه وكذا اذا خاطب به الموكل لانه عقد واحد
لا يتصور سلامته ولزومه في حق الموكل دون العاقد او في حق العاقد دون الموكل
فبطل تقييده وكان سقوطه في حق شخص سقوطا في حق الكل قوله وان اباه
القياس الى اخره الواو فيه للتحقيق كقوله صلى الله عليه وسلم دخل الجنه وان زنا وان سرق
وقد ذكرناه غير مره وهو متعلق بقوله اسقاط فالتقدير قول المواثب سلمت لك الشفعه
الى اخره اسقاط وان اباه القياس وهو اشاره الى ان في المسله قياسا واستحسانا لكن
محلهما ما اذا قال المواثب ذلك للبايع بعد تسليم المبيع الى المشتري بدليل قوله حيث
زال اليد والملك وفيه اشاره الى وجه القياس لان البايع بعد تسليم المبيع لم يبق له يد
ولا ملك فكان كالاجنبي فلم يكن للمواثب قبله حق يمكن ابراوه عنه فلم يكن تسليمه اليه
اسقاطا بل تمليكا وتمليك حق الشفعه غير صحيح لما ذكرنا ووجه الاستحسان ان حق الاخذ
من البايع كان ثابتا لمباشرته السبب وهو البيع وبالتسليم الى المشتري لم ينقطع من كل وجه
اذ يجوز ان تعود الدار اليه بعيب او غيره وتوهم عودها الى ملكه كاف في صحة الابرا
بعد وجود السبب بدليل صحة ابرا المشتري بايعه عن عيب العبد بعد اباقه او بيعه
او كتابته بنا على توهم عوده الى ملك المشتري برده او عجزه فان قيل اللام كما تحتمل
السببيه تحتمل التمليك فوقع الشك في بطلان الشفعه قلنا نعم لكن حق الشفعه متى دار
بين الصحه والبطلان ترجح البطلان لانه حق ثبت شرعا بخلاف القياس واما اذا كان
قول المواثب ذلك لغير العاقد وغير الموكل فهو لغو لتعذر الاسقاط اذ شرطه وجود
حق يمكن اسقاطه ولا حق للمواثب قبل الاجنبي وتعذر ايضا التمليك لما ذكرنا فتعين الالغا
الا ان يقول للاجنبي ذلك في حال شفاعته لجنبيد يكون قول المواثب له سلمتها لك
اسقاطا للشفعه استحسانا لان قوله سلمت خرج جوابا للشفاعته والجواب يتضمن اعاده
السوال فصار كان المواثب قال سلمت الشفعه للمطلوب منه لاجلك ايها الاجنبي حملا
لحرف اللام على التعليل كقوله لامراته انت طالق لمشيه زيد ولهذا لو قال رب الدين لمولى
المديون او لوارث المديون وهبت لك الدين سقط لكون كل واحد من المولى والوارث

بسبيل من ذلك وكذا لو قال الاب لمن يشفع عنده ان يزوج ابنته من فلان الغايب فقال
وهبت بنتي لك كان العقد للخاطب وهو الغايب دون المخاطب وكذا لو اراد الرجل ان يطلق
امراته فتشفع عنده رجل ان لا يفعل فقال وهبت لك طلاقها لم يقع عليها شي لان الكلام
في هاتين الصورتين خرج جوابا فتقيد بالسوال وقد سال الشافع في الصورة الاولى
ان يزوج للخاطب الغايب وفي الثانيه ان يعرض عن طلاق المراه فكان قوله وهبت
اجابه لما ساله بخلاف ما لو خاطب غير المولى والوارث في مسلتي الدين حيث لا يسقط
لان الاجنبي ليس بسبيل من المديون لكونه اجنبيا عنه فكان قوله وهبت تمليكا منه
وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو قال الاب لغير الشافع وهبت بنتي لك
لا يكون العقد للخاطب بل للمخاطب حملا للكلام على ظاهره عند عدم القرينه وكذا لو قال
الزوج للمراه ابتدا وهبت لك طلاقك وقع عليها اذ معناه طلقتك بغير شي ولا يشترط
قبولها لعدم اشتراط المال فيه وان كان نوى ان يكون الطلاق بيدها لا يصدق في القضا
لانه خلاف الظاهر لان الهبة تزيل ملك الواهب وبجعل الطلاق بيدها لا يزول ملكه
ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وعن ابي حنيفه رحمه الله انه يدين في القضا لان هبه الشي
من غيره تمليك لذلك الشي منه في الظاهر فيكون تمليكا للامر منها قوله ونحوها
اي ونحو هذه الالفاظ والضمير فيه لما تقدم من مسيله الشفعه والالفاظ التي تسقط بها والمعنى ان قول
المواثب تركت الشفعه لك او صفحت او اعرضت عنها لك يساوي قوله سلمت وبعت
ووهبت لك في كونها اسقاطا وان العفو عن دم العمد يساوي الشفعه في كونه يسقط
بما تسقط به الشفعه حتى لو قال سلمت لك القصاص او بعته او وهبته او تركته او صفحت
او اعرضت عنه لك سقط لما مر من انه حق لا يحتمل التمليك فحملت هذه الالفاظ على الابرا
تحريا بالصحة كلام العاقل بقدر الامكان ولا يلزم على ما ذكرنا ما لم يضف التسليم
ونحوه الى احد بان قال سلمت شفعه هذه الدار ولم يزد حيث يجعل ايضا اسقاطا
للشفعه لامكان تصحيحه بالحمل على الابرا كما تقدم وان لم يخاطب به العاقد ولا الموكل
وذلك تصرف مطلق قوله سلمت الى من عليه حقه كما صرف مطلق قول ولي القصاص
عفوت عما على زيد الى من عليه وقول رب الدين برئت مما على زيد الى من عليه وان لم
يضف الخطاب اليه وكذا لا يلزم قول الزوج لامراته تركت طلاقك حيث لا يقع الا بالنيه
لانه يحتمل ان يكون مراده تركت طلاقك من يدي بالارسال اليك ويحتمل ان يكون مراده
تركته بالامساك عن التصرف فيه احتمالا على السوا فيرجع فيه الى النيه بخلاف حق الشفعه

فان الترك فيه لا يحتمل الا سقاط فافترقا وكذا لا يلزم قوله لها اعرضت عن طلاقك حيث
لا تطلق وان نوى لان الطلاق لا بطال ملك النكاح وقوله اعرضت لا ينبئ عنه والحل
في الزوجية لا يبطل باعراض الزوج عنه وانما يبطل بالابطال وقوله اعرضت ليس بابطال
فلا يبطل بخلاف حق الشفعة فانه مما يبطل بالاعراض ولهذا لو اعرض عن طلب المواثبة
بطلت شفعته وكذا لو اعرض عن طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة فاذا قال اعرضت
فقد اتى بما به يبطل صريحا فيبطل ولو قال للاجنبي مبتديا اعرضت لك لم يذكر في الاصل
فقال بعضهم لا يكون تسليما كما في لفظ البيع والهبة والتسليم وقال بعضهم يكون تسليما لانه
اسقاط وترك بخلاف البيع والهبة لانه تمليك ص كذا سلمت البيع والشرا في التفصيل
لا قتضائه الامن من النقض حتى لزم به بيع الفضولي الا ان يردف ان كنت اشتريتها
لنفسك فيراعى شرطه كما في ساير الاسقاطات ش اي وكذا قول الواهب سلمت
البيع او سلمت الشرا في التفصيل المذكور في قوله سلمت الشفعة حتى لو قاله للعاقد
او للموكل او للاجنبي الشافع سقطت الشفعة لان قوله سلمت البيع مثلا يقتضي سلامة العقد
وسلامته انما يتحقق بالامن عن نقضه وذلك بسقوط حق الشفعة ولهذا لزم بيع الفضولي
بقول المالك له سلمت البيع بمنزلة قوله اجزت قوله الا ان يردف الى اخره استثنا
من قوله سلمت البيع المتعدي كذا قول الواهب سلمت البيع الى اخره الا ان يردفه بقوله
ان كنت اشتريتها لنفسك فحينئذ لا يكون تسليما للشفعة الا عند وجود الشرط وهو كونه
اشتراها لنفسه دون غيره مراعاة للشرط المذكور لان تسليم الشفعة لما كان اسقاطا
كما ذكرنا جاز تعليقه بالشرط كما في ساير الاسقاطات من الطلاق والعتاق ونحوهما
ص وصلحه على جزء شايع من المشفوع اسقاط في الباقي للتجزي استيفا وعلى غيره
اسقاط في الكل مجانا اذ سقوط المنافي ضرورة دفع الدخيل لا يعدو الى الاعتياض
كما في الخيارات حذو راي البعض في النفس المكفول ضد العفو والخلع لمزيد قوة
او خطر في النفس والبضع الا ان يكون الصلح على بيت من المشفوع او بشرط الشفعة للاجنبي
فلا يسقط اصلا وفاقا بقصد التقرير حال جهل القسط او تعذر النقل ش هذا شروع
في تفصيل الحكم في صلح الشفيع من المشتري عن حق الشفعة وهذا على نوعين الاول
ان يصالحه على جزء شايع من العقار المشفوع كالنصف مثلا وذلك اسقاط لحق الشفعة
في الباقي لان حق الشفعة ان لم يتجز ثبوتا لكونه في الحقيقة دفع ضرر الدخيل الذي يتوهم
وذلك مما لا يتصور تجزيه الا انه يتجزى استيفا لان الاستيفا عبارة عن تملك المشفوع

والمشفوع يتجزى فكذا تملكه والثاني ان يصالحه على غير جزء شايع من المشفوع وذلك يشمل
الجزء المعين من المشفوع ويشمل مالا اخر غير المشفوع اما اذا صالحه على مال اخر فهو اسقاط
في الكل مجانا بغير شي لان ثبوت حق الشفعة مناف للقياس لما فيه من تملك مال الغير
بغير رضاه وانما عرفنا سقوط المنافي شرعا ضرورة دفع الدخيل وسقوط المنافي للضرورة
يظهر فيما فيه ضرورة وهو اما الاستيفا اذ به يندفع الضرر واما في حق الاسقاط لانه دليل
عدم الضرر او دليل الرضا به والضرر المرضي به لا يجب دفعه ولا يظهر سقوط المنافي
فيما عدا ذلك كجواز الاعتياض عنه اذ لا ضرورة في نقله الى الغير وتمليكه منه لانه مجرد حق
ولهذا لا يورث فصار كخيار البلوغ والعتق والروية والشرط واسقاط هذه الخيارات
بالمال لا يجوز فكذا هذا قوله حذو راي البعض اي نظير راي البعض في النفس المكفول
بها وهو رواية ابي حفص رحمه الله فان الكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له على مال
حتى يبريه عن الكفالة بالنفس برى مجانا بغير شي كما في الشفعة لانه مجرد حق لا يوصف
بانه ملكه والاعتياض عن مثله لا يجوز بخلاف ما لو ادى الكفيل المال على ان يبريه
لانه متبرع والطالب تملك المال منه بدلا عن اصل حقه لا عن كفالته وتبطل الكفالة
بالنفس من غير عوض اما اذا جعل المال بمقابلة البراة فلا ولو اداه كان له ان يرجع
فيه واما على رواية ابي سليمن رحمه الله فانه انما لم يبرا لعدم رضاه بسقوط حقه
مجانا ولم يحصل له العوض صورة ولا معنى فلا يبرا بخلاف حق الشفيع لانه سقوط بعوض
من حيث المعنى لانه لو اخذ المشفوع لزمه الثمن فكان اسقاط الشفعة موجبا لسلامة
ما كان يلزمه من الثمن له عند الاخذ وسلامة العوض من حيث المعنى يوجب سقوط
حقه في العوض فافترقا قوله ضد العفو والخلع الى اخره اشارة الى الفرق بين
الشفعة وبين العفو والخلع حيث لم يجب العوض المشروط في الشفعة ووجب في الخلع
والعفو عن القصاص والفرق من وجهين احدهما مزيد قوة فيهما دونه لان ملك القصاص
والنكاح ملك متقرر في المحل شرعا للمولى والزوج اذ لا يسقط بعد ثبوته الا باسقاط تام
بعد تمام الرضى ولهذا لا يسقط بالسكوت بخلاف حق الشفعة فجاز الاعتياض عن ابطاله
والوجه الثاني الخطر في النفس والبضع اما الاول فلان نفس القاتل كانت مباحة في حق المولى
وبالصلح حدثت له العصمة على وجه لا يباح باباحته اظهارا لخطر النفس بخلاف حق الشفعة
فيجوز ان يلزمه العوض بمقابلته واما الثاني فلان ملك النكاح لا يثبت الا بالمال اظهارا
لخطره فكما يلزم العوض لثبوته فيجوز ان يلزم لسقوطه قوله الا ان يكون الصلح

على شي الى اخره استثنا من قوله وعلى غيره اسقاط في الكل التعذير وصلحه على غير ه
اسقاط في الكل الا ان يكون الصلح على شي من المشفوع بحصته من الثمن او يكون الصلح
على غير المشفوع كالدراهم ونحوها بشرط ان تكون الشفعة لرجل اجنبي فلا يسقط الشفعة
اصلا في الصورتين لانه قصد التقرير دون الاسقاط اما قصد التقرير في الصورة الاولى
فلانه تعذر القول بانه قصد المبادلة لجهالة قسط البيت المعين اذ العاقل لا يقصد بتصرفه
العقد الباطل والاسقاط يبتني على وجود قصد المبادلة فتعذر القول بانه قصد الاسقاط
حكما لجهالة قسط المصالح عليه فلم يكن مسقط الحق بذلك بل مقررا له باظهار رغبته في اخذ
مقدار ما يحتاج اليه من الدار المشفوعة وهذا بخلاف الصلح على جزء شايع من الدار لانه معلوم
وثمنه معلوم فامكن القول بانه قصد المبادلة فترتب الاسقاط عليها واما في الصورة الثانية
فلانه لما صالح بالمال بشرط ان يكون الدار المشفوعة للاجنبي فقد قصد اقامة الاجنبي مقامه
في الاخذ وانما يتحقق اقامته مقامه اذا بقيت شفعته فتعذر القول بالبطل فكان
قصده بالصلح التقرير لا الاسقاط حكما لتعذر النقل عن الشفيع كما قلنا والله اعلم
ص ا ــــــ القسمة بين الشفعا اخذا وتركا يقضي للحاضر اولا بالكل
لتمام سببه وشك في مواثبة الغير ضد احد الغرما لعدم المزاحم وللحاضر ثانيا بالنصف
وبالثالث بالثلث بشرط مواثبة كل واحد من الكل قصرا للبطلان في قدر الزحام كما في مدبر
جنى ثانيا وبالثالث بعد دفع القيمة ش اعلم ان هذا الباب يشتمل على مسائل الباب الثالث
والرابع والخامس من ابواب الشفعة وعلى مسئلة شفعة المنقول والموروث من الباب السابع
من ترتيب الوجيز والتحرير اذا عرفت هذا فنقول ــــــ دار بيعت ولها شفعا كلهم
جيران حضر احدهم اولا وطلب الشفعة يقضي له بكل الدار قوله لتمام سببه وشك
في مواثبة الغير الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال علة الاستحقاق
وهي اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة ثابت في حق كل واحد منهم فوجب ان لا يقضي
للحاضر بالكل بل بما يخصه فقط كاحد الغرما اذا حضر والتركة لا تفي بديونهم وتقرير
الجواب ان يقال ــــــ انما يقضي له بالكل لتمام سبب حقه لان حق الشفعة يثبت بالبيع
ويتاكد بالطلب وقد وجد الامران في حقه واما حق الغايب فهو موهوم لثبوته من وجه
دون وجه اذ لم يوجد الطلب منه فكان في وجود مواثبته شك فلا يصلح مزاحما
بخلاف احد الغرما لتمام السبب في حق كل واحد منهم على السوا فكان المزاحم متيقنا به
فلا يترجح الحاضر ثم في مسئلتنا ان حضر شفيع اخر قضي له بالنصف فان حضر ثالث

قضى له بالثلث بشرط مواثبة كل واحد منهم في كل الدار قوله قصرا للبطلان على قدر الزحام
الى اخره اشارة الى علة هذه القسمة وبيان ذلك ان الثاني لما حضر صار كان الشفيعين حضروا
معا ولو كان كذلك قسمت الدار بينهما نصفين لازدحام الحقين المتساويين فكذا هذا ومن ضرورة
استحقاق الثاني النصف بطلان استحقاق الاول فيه ثم لما حضر الثالث صار كانهم حضروا معا
وازدحمت حقوقهم المتساوية فيقسم بينهم اثلاثا ومن ضرورة استحقاق الثالث الثلث بطلان
حق كل واحد من الاخيرين في السدس فصار هذا كما في المدبر اذا جنى جناية خطا
ودفع مولاه قيمته الى ولي الجناية ثم جنى ثانيا على اخر كان للثاني نصف تلك القيمة ثم ان جنى
على اخر كان للثالث ثلث القيمة لما ذكرنا من اقتصار بطلان حق الاول والثاني فيما قبضا ه
على قدر حق من يزاحمه كل واحد منهم وستاتي هذه المسئلة في اول كتاب الجنايات ان شا الله تعالى
ص وان رد الاول بالعيب قبل الحكم بالشفعة يقضي للثاني بالكل للتفرد قبل تقرر الزحام
كذا ان رد بعد الحكم والقبض بغير قضا لتجدد البيع معنى وان رد بعدهما بقضا او بعد الحكم
قبل القبض بغير قضا لم ينقض بتسليطه للعقد وان كان الراد شريكا لم ينقض للجار ايضا حار القضا
للمقضي عليه اذ الرد لا ينقض القضا سيما في حق حكم لا يقبل النقض ولا يصير قبل القبض بيعا
للامتناع المطلق عند محمد رحمه الله وفقد الرضا عندهما اذ يستبد به قبل القبض لنقص الصفقة
كالخيار ورضا لا يشترط لا بعد حتى كان تسليم الراضي بالشفعة يعاقب المنقول والموروث
دون العقار والمسترا واصله المداعيات ولا يلزم ان يقضى الغرما لو ابرا بعد الحكم كان
قسطه للباقين اذ القاضي رفع العقد لا الدين ش اي فلو ان الحاضر اولا لم يحكم القاضي له بالشفعة
حتى راى بالدار عيبا فردها بالعيب ثم حضر الثاني يقضي له بكل الدار لتفرده باستحقاقها
قبل ثبوت مزاحمة الاول لان رده قبل الحكم له بالشفعة من باب الابطال وحق الثاني ثابت في كل
الدار لتمام سببه كما قلنا فكان له اخذه وليس له ان ياخذ النصف فقط لما فيه من ضرر تفريق الصفقة
على المشتري كما لو كان الشفيع واحدا او اثنان وسلم احدهما لان في اخذ البعض اضرارا بالمشتري
فالشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يملك الاخذ على وجه يكون فيه اضرار بالغير
وكذا يقضي للثاني بالكل ان رد الاول بالعيب بعد الحكم له وبعد القبض اذا كان الرد بغير قضا
القاضي لان الرد بالعيب بعد القبض بغير قضا بيع من حيث المعنى لما عرف هو انه بيع جديد
في حق ثالث فصار كان المشتري اشترى هذه الدار من الاول ابتدا فيتخير الثاني بين اخذ
نصفها بالبيع الاول وبين اخذ كلها بالبيع الجديد ولو اراد ان ياخذ النصف بالبيع الاول
والنصف بالبيع الجديد ليس له ذلك لما فيه من تفريق صفقة البيع الثاني وان كان الرد

بعد الحكم والقبض بقضا او كان بعد الحكم قبل القبض بغير قضا لم ينقض القاضي بتسليم الاول
للثاني لان الرد بعد القبض بقضا كالرد قبله بغير قضا في ان كل واحد منهما فسخ مطلق
وليس ببيع صورة ولا معنى فلم يتجدد به حق الشفعة للثاني فبقي له ما كان يستحقه
من شفعة البيع السابق وقد زاحمه الاول فيه فكان حقه النصف لا الكل هذا اذا كان
الشفيع الاول جارا واما اذا كان شريكا للبايع وطلب الشفعة وحكم له بها ثم رد الدار بالعيب
قبل القبض مطلقا او بعده بقضا فلا يقضي للجار لا بكل المبيع ولا بنصفه الا في رواية عن ابي يوسف
رحمه الله لان القاضي لما قضى للشريك بالشفعة فقد ابطل شفعة الجار لا ستحقاقهما بنا على ثبوت
حقهما معا وتقدم الشريك عليه كما في غرما الصحة مع غرما المرض ولهذا قلنا بانه ينبغي
للجار ان يطلب مع الشريك اذا علم بالبيع ليتمكن من الاخذ عند ترك الشريك واذا صار الجار
مقضيا عليه لا يتجدد له الشفعة بالفسخ لان المقضي عليه في حادثة لا يصلح مقضيا له فيها
بعد ذلك بخلاف ما اذا كان الرد بعد القبض بغير قضا حيث كان للجار ان ياخذ بالشفعة
لان الرد حينئذ يكون بيعا جديدا في حقه قوله اذ الرد لا ينقض القضا الى اخره
اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا قضي للاول بالشفعة ثم رد بالعيب
قبل القبض مطلقا او بعده بقضا كان فسخا من كل وجه فوجب ان يثبت حق الشفعة للثاني
سوا كان الاول شريكا للبايع ام جارا لان شفعته انما تبطل بالقضا للاول وقد بطل القضا
للاول بالفسخ في حق الكل فصار كما لو علم مشتري العبد بعيبه بعد بيعه وتعذر عليه ان يخاصم
بايعه فيه ثم رد عليه بعيب قبل القبض او بعده بقضا فانه يعود حقه في الخصومة كما كان قبل
البيع كذا ههنا وتقرير الجواب ان يقال لا نسلم بطلان القضا للاول لان القضا اعتمد
سببا صحيحا وهو اتصال الملكين والطلب وبالرد لم يظهر ان السبب لم يكن فلا يظهر بطلان القضا
للاول وان زال السبب كما لو فسخ القاضي البيع بسبب اباق العبد ثم عاد العبد من الاباق
لا يبطل القضا لاعتماده سببا صحيحا قوله سيما في حق حكم لا يقبل النقض قد تقدم الكلام
على حذف لا من سيما غير مرة وفيه اشارة الى جواب ما على تقدير تسليم بطلان القضا
وتقريره ان يقال ان بطلانه انما يظهر في حق حكم يقبل الانتقاض بعد ثبوته
كما في مسئلة العبد المردود بالعيب اما في حق غيره فلا وبطلان شفعة الثاني لا يحتمل النقض
والعود بسبب ما فلا ينتقض ببطلان القضا الا يرى ان المكاتب اذا دفع بدل الكتابة
وعتق ثم ظهر ان المدفوع زيوف ورد عليه انتقض الادا من كل وجه لاحتماله النقض ولم يظهر
في حق العتق لعدم احتماله النقض قوله ولا يصير قبل القبض بيعا الى اخره اشارة

الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا كان الرد قبل القبض بغير قضا وجب ان يجعل
بيعا جديدا في حق الشفيع الثاني ليتجدد حقه كما اذا كان بعد القبض بغير قضا وتقرير الجواب
ان يقال لا يمكن ان يجعل الرد قبل القبض بيعا اصلا اما عند محمد رحمه الله فلامتناع المطلق
اذ لا يجوز بيع العقار قبل القبض عنده واما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلان بيع
العقار قبل القبض وان جاز لكن هنا فقد شرط صحة البيع وهو الرضا من الجانبين اذ رضا البايع
هنا غير معتبر لان المشتري يستبد بالرد عليه شا او ابى لان الصفقة قبل القبض ناقصة
لم تتم حيث لم ينتقل ضمانها الى المشتري فكان للمشتري نقضها فصار كما لو رد العقار قبل القبض
بخيار روية او عيب وهناك لا يجعل بيعا جديدا في حق غيرهما حتى كان للبايع ان يرد بالعيب
على بايعه فكذا ههنا واذا كان رضي البايع بالرد ههنا مما لا يشترط فلا يكون معتدا به في تصحيح
عقد البيع المعنوي الا يرى ان تسليم المشتري الراضي بالشفعة يجعل بيعا مبتدا في كل موضع
لا يجب فيه الشفعة كالمنقول لكون الرضا شرطا في صحة التسليم فيكون معتدا به في صحة
البيع كما لو اشترى منقولا فطلب الشريك شفعته فسلمها المشتري وكما لو ورث عقارا
فطلب الشفيع شفعته فقال الوارث سلمت لك شفعته بالف وفي كل موضع يجب تسليم الشفعة
لا يجعل بيعا مبتدا الا ان رضاه ليس بشرط في صحة التسليم فلا يكون معتدا به في صحة البيع
كما لو كان الذي وقع التسليم فيه عقارا وهو مشتري فكان تسليمه بالرضا كالتسليم بالقضا
قوله واصله المتداعيان اشارة الى ان الاصل في مسئلة الشفعة حيث كان الرد فيها
بعد الحكم للاول مسقطا لحق الثاني في النصف والرد قبل الحكم غير مسقط مسئلة المتداعيين
وصورتها ما اذا ادعى كل واحد من رجلين دارا في يد رجل انها كلها له واقام البينة
على ذلك فترك احدهما الخصومة ان تركها قبل القضا كان الكل للاخر وان تركها بعد القضا
كان للاخر النصف فقط قوله لا يلزم الى اخره اشارة الى الفرق بين الشفيع الاول
اذا رد بالعيب بعد القضا له بالشفعة وبين احد الغرما من التركة اذا رد نصيبه بالابرا عنه
حيث كان نصيبه لبقية الغرما وفي الشفعة لم يكن المردود كله للثاني بل نصفه كما ذكرنا
والفرق ان حكم القاضي بالتركة الضيقة بين الغرما لا يرفع ما بقي لهم من الديون اذ لا ولاية
له على ذلك فاذا رد احدهم نصيبه بالابرا بقي تركة كما كان فاستحقه الباقون بديونهم
الثابتة بخلاف حكم القاضي بالشفعة لانه يرفع عقد المشتري ويثبته لمن يستحق الشفعة
فيصير حكمه للحاضر حكما على الغايب في سقوط حقه في النصف للمزاحمة لان حكمه بمنزلة
قسمته فاذا رد الاول بالعيب ثم حضر الغايب لم يكن له سوى ما يثبت بالقسمة ص فان صالح

الاول المشتري على النصف فللثاني ثلثة ارباع اذ زوحم في نصف دون نصف وان صالح
الثاني الاول على الثلث فله تسعان اذ ياخذ منه الثالث ثلث الثلث لشيوع حقه ويضمه الى
ما في يد الاول فيقاسمه نصفين ولان اخذه الثلث سعى حقه في الثلثين كما ان اخذه النصف
سعى حقه في الكل ضد الاول لفقد المزاحم فكان الثلث لغيره والثلثان لهم وصحت من ثمانية عشر
ضرورة تنصف الثلث وتثليث الثلثين والمخرج يأخذ السدس اي يلاقي اربعه ويساطر
فيما في يده ان حضر وحده ويأخذ ثلث الثمانية ان حاضرهما الاخر اذ سلم ثلاثه من سهامهم
وهو احد عشر للاخرين والباقي اثلاث سى اي ولو كان الشفيع الاول طلب الشفعة
ولم يأخذ كل الدار بل صالح المشتري على ان يأخذ نصفها فقط صح لما ذكرنا انه من باب
الاستيفا والاستيفا يجري فان حضر الثاني بعد ذلك وطلب الشفعة فله اخذ ثلاثة ارباع الدار
لانه زوحم في النصف الذي لم يسلمه الاول فكان بينهما نصفين لكل واحد منهما ربعه وما زوحم
في النصف الذي سلمه الاول للمشتري فكان له اخذ كله هذا اذا صالح الاول المشتري
على النصف وان لم يصالحه بل اخذ كل الدار ثم حضر الشفيع الثاني وطلب الشفعة ثم صالح
الشفيع الاول على ان يأخذ منه ثلث الدار صح وكان للثاني تسعان منها قوله اذ يأخذ
منه الثالث الى اخره اشارة الى موضع المسئلة فيما اذا حضر الشفيع الثالث وانما يكون للثاني
تسعان لان الشفيع الثالث اذا حضر وطلب الشفعة يأخذ ثلث الثلث الذي في يد الثاني
لشيوع حق الثالث وهو الثلث في النصيبين واذا صار الثلث ثلثة اسهم صار لكل تسعه
يأخذ الثالث من الثاني سهما وهو تسع الدار ويضمه الى ما في يد الاول وهو ستة اتساع
فيصير سبعة فيقتسمانه نصفين لاستوا حقهما اذ حضور الثاني والثالث بعد اخذ الاول
بمنزلة حضورهم معا فكانت القسمة بينهم اثلاثا فلهذا قلنا ان حق الاول والثالث على السوا
فيقسمانه نصفين وسبعة على اثنين منكسرة بالنصف فيضعف اصل المسئلة وهو تسعة
فبلغ ثمانية عشر تسعان منها وذلك اربعة للثاني وثلثة اتساع ونصف تسع لكل واحد منهما
وذلك سبعة ولان حق كل واحد منهم في كل الدار لما ذكرنا فلما اخذ الثاني ثلثا كان ذلك ابقا
لحقه في ثلثيه وذلك ثلثا الدار كما ان اخذه النصف ابقا لحقه في مثليه وابطالا لحقه
في الثلث وهو الكل اذ لو كان ابقا لحقه في الماخوذ خاصة لاستحق الماخوذ منه وهو
الشفيع الاول عليه نصفه لمزاحمته اياه في الماخوذ زحاما على السوا بخلاف صلح الاول
مع المشتري حيث يكون ابقا لحقه في مثل الماخوذ لا في مثليه لان الماخوذ منه وهو المشتري
لا يستحق عليه استرداد شي لانه لا يصلح مزاحما له فافترقا واذا كان اخذ الثاني الثلث

ابقا لحقه في الثلثين وابطالا في الثلث كان ذلك الثلث الذي ابطل شفعته نفسه فيه مصروفا
الى غيره وهو الاول والثالث بينهما نصفين وكان الثلثان بينهم اثلاثا لاستوا حقوقهم فيه
وتصح المسئلة من ثمانية عشر كما ذكرنا ضرورة تنصف الثلث الذي بطل من نصيب الثاني
وصرفه الى الاول والثالث وتثليث الثلثين الذين اشتركوا فيهما لان اقل عدد يكون لثلثه
نصف ولثلثيه ثلث ثمانية عشر فيأخذ الثاني ثلثي الثلث وذلك اربعة لما ذكرنا ان حقه
في الثلث وقد استحق عليه الثالث ثلث ذلك الثلث لشيوع حقه في كل ثلث ويأخذ كل واحد
من الاخرين من الثلث الذي بطلت فيه شفعة الثاني نصفه لاستوائهما فيه وانقطاع شركة
الثاني منه وذلك ثلثة اسهم ومن الثلثين الاخرين الثلث وذلك اربعة لمزاحمة الثاني فيه
فصار لكل واحد منهما سبعة وان قيل المصالح انما سلم شفعته للاول فكيف يقسم الثلث
الساقط بين الاول والثالث قلنا تسليمه اسقاط لحقه فيعتبر وتخصيصه الاول
بالساقط تمليك منه فلا يعتبر لتعذر التمليك في حق الشفعة كما قدمناه فصار كان ثلثي الدار
هو جميع المشفوع وله شفيعان قوله وبالمخرج الى اخره اي وبالاصل المذكور وهو صيرورة
المصالح مسلما شفعته في ثلث الدار مستبقيها في الثلثين لو كان للدار شفيع رابع فحضر وطلب
الشفعة بعد قسمهم الدار على ما ذكرنا فلا يخلو اما ان لقي الثلثة معا او لقي المصالح وحده
ففي الوجه الاول يأخذ المصالح السدس ثلثه من ثمانية عشر لاحتجنا الى عدد لثلثه ثلث
كما ذكرنا ولثلثيه ربع لوجوب قسمة الثلثين على الشفعا الاربعة ارباعا كما قسم الثلثان
في المسئلة الاولى على الشفعا الثلثة اثلاثا واقل عدد لثلثه ثلث ولثلثيه ربع ثمانية عشر
وهذا لان شفعة المصالح بطلت في ثلث الدار وهو ستة اسهم كما ذكرنا فيكون بين الثلثة
الاخرين لكل واحد سهمان وبقيت شفعته في الثلثين والاربعة فيهما سوا فيكون لكل واحد
ربعه وذلك ثلثه فنصيب المصالح ثلثه من الثلثين وذلك سدس الكل ويصيب كل واحد
من الاخرين سهمان من الثلث الذي بطلت فيه شفعة المصالح وثلثه اسهم من الثلثين
فصار له خمسه واما في الوجه الثاني وهو ما اذا لقي الرابع المصالح وحده فيساطره
فيما في يده وذلك اربعة لكل واحد منهما سهمان لاستوا الحقين في الاربعة حيث كانت
من الثلثين الذين لم يخرجهما بتسليم المصالح اقصى ما في الباب ان حق الرابع في اكثر من ذلك
الا ان الزيادة في الثلث الذي في يد الاخرين فان اخذ الرابع نصف ما في يد المصالح
ثم انهما لقيا احد الاخرين ضم المصالح والرابع ما في ايديهما وذلك اربعة الى ما في يده وهو
سبعة صار احد عشر للمصالح منها ثلث ثمانية والباقي بين الاخرين نصفين وهذا لان ثلثه

ان صح

من سهامهم الاحد عشر للاخرين خاصة لانها من الثلث الذى بطلت فيه شفعة المصالح
فيكون الباقى وهو الثمانية بينهم اثلاثا لاستواء حقوقهم فيه لكل واحد منهم سهمان وثلثان
وتصحيحها ان تضرب احد عشر فى ستة تبلغ ستة وستين والسالم من منازعة المصالح
ثلثه مضروبة فى ستة فيكون ثمانية عشر يكون بين الاخرين لكل واحد منهما تسعة والمتنازع
سهم ثمانية مضروبة فى ستة يكون ثمانية واربعين لكل واحد منهم ستة عشر فكان للمصالح
ستة عشر ولكل واحد من الاخرين خمسة وعشرون ستة عشر من المتنازع بينهم وتسعة
من السالم عن المنازعة صـ وان اشترى الشفيعان صفقة على ان السدس لاحدهما
والباقى للاخر فلا شفعة بينهما اذ المشفوع زال بقبول الشفيع لما عرف فالحق بالبايع دون
المشترى صونا للتنافى وان لقيهما ثالث اخذ مشترى السدس تسعا اذ تزاحمهما فى ضعف
ما اشترى دون الباقى على ما مر وان اشترطا نصفين او كان المشترى غيرهما واخذا
بالشفعة ثم لقيهما الثالث اخذ من كل واحد ثلث ما فى يده ورجع المأخوذ منه على الاخر
بنصف ما اخذ منه توزيعا بقدر الحق كما فى الدين اذ التسليم اسقاط بعد والمسلم الى الباقى
حذار التبعيض وذلك فيما اتحد المشترى ولم ياخذ الشفعاء ضد العكس وبالحرف تحترز
ان تعدد المشترى واتحد البايع او الامر بالعكس اذ ترك التنافى لا الدفع الدخيل ابتداء
لا اتباع والعاقد فى حق الحقوق اصيل وان لقى احدهما اخذ منه نصف ما فى يده ثم ايهما
انفرد بالغايب اخذ منه ربع ما فى يده اذ العدل فى الشطر بعد ضم ما حازا كما انه
بتثليث الكل اذا تلاقوا فان سلم له ثم لقى الاخر اخذ منه نصف ما فى يده ورجع المأخوذ
منه على الاخر بنصف ما اخذ منه لما مر فان جاء الثالث بعد ما اخذ الشفيعان واقتسما
بينهما فان لقيهما نقض القسمة كيلا يفترق ثلثه ضد جار قاسم البايع ثم جاء الشريك او قاسمه المشترى
لانها من تمام القبض حتى فسدت هبة المشاع قبلها وهو لا ينقض وان افاد عود العهدة
فلان لا ينتقض ولا يفيد اصلا اولى اذ لو نقض اعيدت نصفين هنا اثلاثا ثم وان لقى ضد الاولى صح
احدهما لم ينقض حذار الزام الغايب وياخذ ربع ما فى يد الحاضر لانهما من اصل لو حد
وبدل لا توحد اذ قسمها دون الثالث فاسدة لا تقطع حق الغايب س دار لها ثلثة
شفعاء اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على ان سدسها لاحدهما والباقى للاخر فهو جايز
ولا شفعة بينهما لان الدار المشفوعة انما تزول عن ملك البايع بقبول كل واحد من الشفيعين
لما عرف من ان البايع متى خاطب اثنين فى شراء عين لا يصح الشرا الا بقبولهما فالحق كل واحد
منهما بالبايع من حيث انه لا يعمل قبوله بدون قبول صاحبه كما لا يعمل ايجاب المشترى

بدون قبول البايع والبايع لا شفعة له فيما باعه فكذلك من الحق به قوله والحق بالبايع
دون المشترى الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره ان يقال شبه كل واحد
منهما بالمشترى اكثر لان قبوله شرط التملك ولو اشترى حقيقة بان كان وكيلا بالشرا
لا تبطل شفعته فكذا هذا وتقرير الجواب ان يقال لما تعارض الشبهات
وجب ان يرجح الشبه المسقط للشفعة لان حق الشفعة ثابت مع التنافى لما ذكرنا
من انه يملك مال الغير بغير رضاه واذا دار بين الثبوت والسقوط كان الحمل
على ما يسقطه اولى صونا للتنافى ودفعا للضرر وابقاء على ما كان من العدم فان لقيهما
الشفيع الثالث اخذ مشترى السدس تسع الدار لانه مع الثالث تزاحما فى ضعف ما اشتراه
وهو الثلث دون الباقى بناء على ما مر من ان لاحد الشفيع جزءا ابقاء لحقه فى مثليه
لوجود من يزاحمه واسقاط لحقه فى الباقى فكان طلب المشترى هنا السدس
طلبا للثلث وتسليما للثلثين واذا احضر الثالث قسم الثلث بينهم اثلاثا وكان
الثلثان بين الاخيرين نصفين وتصح من تسعة لحاجتنا الى تثليث الثلث الذى
لم يسلم شفعته وتنصيف الثلثين اللذين سلمت شفعتهما واقل عدد لثلثه ثلث
ولثلثيه نصف تسعة هذا اذا اشتريا على ان لاحدهما السدس واما اذا اشترطا
ان يكون الدار بينهما نصفين او كان المشترى غيرهما واخذاها منه بالشفعة
ثم لقيهما الشفيع الثالث فلا يخلو اما ان لقيهما قبل ان يقتسما الدار او بعد القسمة
فان لقيهما قبل القسمة كان له ان ياخذ من كل واحد منهما ثلث ما فى يده وهو سدس
الكل ليسلم لكل واحد منهم ثلث الدار لاستوائهم فى سبب الاستحقاق وان سلم لاحدهما
ما فى يده صح تسليمه فى حقه وياخذ من الاخر ثلث ما فى يده ويرجع المأخوذ منه
على الشفيع الاخر بنصف ما اخذ منه وهو سدس جميع الدار لانه بقى فى يد المأخوذ
منه سدسان وفى يد صاحبه ثلثة اسداس فيقسم بينهما نصفين لكل واحد منهما سدسان
ونصف توزيعا للمقسوم على قدر الحق المتعلق به وحقهما فى الدار على السوا
فصار كما فى الديون المجتمعة فى التركة التى ضاقت عن ايفائها قوله اذ التسليم
اسقاط الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره ان يقال اذا سلم الثالث
الشفعة لاحد الشفيعين الاولين وجب ان تبطل شفعته التى فى جهة الاخر
الا ترى ان الشفعاء الثلثة لو اجتمعوا فقال احدهم قبل الاخذ سلمت شفعتى فى نصف
الدار سقطت شفعته فى جميعها واختص بها الاخران فكذا هنا وجب ان يتعدى الاسقاط

من الجزء المسلم شفعته الى الجزء الباقي وهو نصيب الشفيع الاخر فلا يرجع عليه بشي وتقرير
الجواب ان يقال التسليم اسقاط كما ذكرتم وانما يتعدى من القدر الذي وقع التسليم فيه
الى باقي الدار حذارا تفريق الصفقه وتشقيصها لان التشقيص في الاعيان المجتمعه
عيب و الشرع ورد باثبات الشفعه لدفع الضرر على وجه لا يودي الى الاضرار بالغير
واتحاد الصفقه انما يتحقق عند اتحاد المشتري قبل ان ياخذ الشفعا الدار بالشفعه بخلاف
العكس وهو ما اذا كان المشتري متعددا كما في مسيله شري الشفيعين الدار بانفسهما
لان الملك وقع لهما متفرقا فلا ضرر في اقتصار التسليم على نصيب المسلم اليه وكذا
اذا كان المشتري متحدا وقد اخذ الشفعا كما في مسيله اخذ الشفيعين الدار قبل حضور
الثالث لانهما باخذها نزلا منزله المشتريين فلم يكن في اقتصار التسليم على نصيب
المسلم اليه ضرر لان الملك وقع لهما متفرقا ايضا قوله وهذا الحرف يجري الى اخره اي
والاصل الذي ذكره من اتحاد الصفقه انما يتحقق عند اتحاد المشتري يجري في الاخذ بالشفعه
اذا تعدد المشتري واتحد البايع او الامر بالبيع ولا يجري اذا كان الامر بالعكس وهو ما اذا
اتحد المشتري وتعدد البايع او آمره وهذا لان المشتري اذا اتحد لو قلنا بجواز اخذ
الشفيع البعض دون البعض لتضرر المشتري بتفرق ملكه عليه ضررا لم يات به
الشرع لان المشتري اذا كان واحدا لم يتحقق اندفاع الضرر الابزوال مجاورته
وذلك باخذه جميع الدار فاذا اخذ بعضها دون بعض لم تزل المجاوره فيعلم انه لم يقصد
دفع الضرر عن نفسه بل قصد الاضرار بالمشتري بتفريق ملكه عليه فلو تركنا اعتبار
القياس المنافي لثبوت الشفعه هنا كان تركه ابتداعا لا اتباعا لحكم الشرع لان الشرع
لم يرد به عند عدم ضرر الدخيل وفي التحرير واذا كان البايع اثنين والمشتري واحدا
فطلب نصيب احد البايعين لم يبطل بذلك شفعته وله ان ياخذها كلها مقسومه
كانت او غير مقسومه لانه ما اعرض عن الطلب لكنه اظهر الطلب والرغبه ثم اشتغل بقسم
لم يجعل له الشرع فبطل تقسيمه ويبقى حقه في جميع الدار وهذا بخلاف ما اذا كان المشتري
اثنين حيث كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما اذ قد يكون احدهما ممن يتضرر بجواره
دون الاخر فيرغب في دفع جار السوء باخذ نصيبه هذا اذا كان الشرا بطريق
الاصاله وكذا اذا كان بطريق الوكاله لان العاقد في حقوق العقد اصيل لا نايب عن
الموكل والاخذ بالشفعه من حقوق العقد فاذا كان المشتري لغيره واحدا لا يملك الشفيع
اخذ البعض لما فيه من تفريق الصفقه على العاقد سوا كان المشتري له واحدا ام اثنين

ان
صح

واذا كان المشتري اثنين كان للشفيع ان ياخذ النصف لوقوع الصفقه متعدده
كما لو اشتريا باسميهما وروى الحسن رحمه الله عن ابي حنيفه رحمه الله فيما اذا
اتحد المشتري والبايع اثنان انه ان كان قبل القبض فللشفيع اخذ نصيب احدهما
لان الملك عليه وقد وقعت الصفقه متفرقه في حقهما بخلاف ما بعد القبض
لان الملك على المشتري والملك في حقه يجتمع وفيما اذا كان البايع واحدا والمشتري
اثنين بالعكس له اخذ نصيب احدهما بعد القبض لا قبله قال في التحرير هذا
قوله الاول اما قوله الاخر ما ذكرنا انه يعتبر جانب المشتري قبل القبض وبعده
هذا اذا لقي الشفيع الثالث الشفيعين معا واما اذا لقي احدهما دون الاخر
فله ان ياخذ منه نصف ما في يده وهو ربع الدار لان المشتري على شفعته ايضا
وقد استوى حقاهما ثم بعد ذلك اي الشفيعين انفرد بالشفيع الغايب وهو الذي
اشترى النصف وغاب كان له ان ياخذ منه ربع ما في يده وهو ثمن الدار ليكمل
له ربع وثمن لان حق كل واحد منهم في الشفعه على السوا فكان العدل في القسمه
بينهما نصفين لاستوا حقهما لكن القسمه بعد ضم ما حازه احدهما وهو الربع
وما حازه الغايب وهو النصف حتى يبلغ نصفا وربعا لكل واحد منهما نصفه
وذلك ربع وثمن كما ان العدل في القسمه بين الثلاثه اثلاثا موافي السليمه بينهم
بعد ضم ما حازوه وهو كل الدار اذ في يد الغايب نصفها وفي يد كل واحد منهما
ربعها هذا اذا لقي الثالث احد الشفيعين الاولين واخذ منه نصف ما في يده
واما اذا اسلم له ما في يده ثم لقي الاخر فانه ياخذ منه نصف ما في يده لاستوا
حقهما ثم يرجع المأخوذ منه على الاخر بنصف ما اخذه الثالث منه وهو ثمن الدار
لما مر من ان العدل في القسمه بينهما بالتنصيف بعد ضم ما في يد كل واحد منهما
الى ما في يد الاخر لاستوا حقهما وفي يد احدهما نصف وفي يد الاخر ربع فاذا استرد
صاحب الربع من صاحب النصف قدر نصف ما اخذ منه الثالث وهو ثمن صار معه
ربع وثمن ومع الاخر مثله فاستويا هذا كله اذا جا الثالث قبل ان يقتسم الشفيعان
الدار اما اذا جا بعد تقاسمهما فلا يخلو اما ان يلقى الشفيعين معا او احدهما
فان لقيهما معا كان له ان ينقض قسمتهما لانه يستحق ثلث الدار فلو لم ينقض القسمه
لتفرق نصيبه في موضعين حيث يقاسم كل واحد منهما قسمه على حده ولو كان
حاضرا واقتسموا لوقع نصيبه في موضع واحد فكان في ابقا القسمه تفويت

لمطلوبه ينقض كيلا يفوت مقصوده بتفرق ثلثيه في النصيبين وروى الحسن رحمه الله
عن ابي حنيفه رحمه الله ان القسمه اذا كانت بغير قضا كان له ان ينقض كما في الرد
بالعيب بعد القبض وجوابه ما عرف من ان القسمه من تمام القبض اذ بها
يتمكن من الانتفاع بملكه من كل وجه وايفا الحق لا يختلف بالقضا وعدمه بخلاف
الرد بالعيب وهذا بخلاف ما اذا بيع نصف دار واخذها الجار بالشفعه وقاسم البايع
ثم حضر الشريك في الطريق وقضي له بالشفعه لكونه مقدما عليه فاراد ان ينقض
القسمه حيث لا يكون له ذلك وكذا لو اشترى نصف دار وقاسم بايعه ثم حضر
الشفيع واراد ان ينقض القسمه والفرق ان القسمه هناك من تمام القبض لان القبض
التام انما يتحقق بالقسمه اذ قبض الشايع ناقص لكونه مقبوضا تبعا لغيره لا مقصودا
ولهذا افسدت هبه المشاع قبل القسمه فيما يحتمل القسمه لفوت شرطها وهو القبض
التام عند امكانه وقبض الجار كقبض المشتري لانه يوكد الحق في الرقبه ويفيد
ملك اليد فلا ينقض وان كان النقض مفيدا عود العهده على البايع او على المشتري
لكون الناس يتفاوتون في العهده والخصومه فلان لا ينقض ولا فايده له فيه
اصلا اولى بخلاف نقض قسمه الشفيعين في المسيله الاولى لانها مفيده الا يرى
ان قسمه الجار اذا نقضت اعيدت نصفين كما كانت فلا فايده ولو نقضت قسمه
الشفيعين اعيدت اثلاثا فتتحقق الفايده هذا اذا لقي الثالث الشفيعين معا
واما اذا لقي احدهما فليس له ان ينقض القسمه لما فيه من الزام التصرف على الغايب
بل ياخذ ربع ما في يد الحاضر قوله لانها بين اصل يوخذ الى اخره اشاره الى
جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يكون له اخذ نصف ما في يد الحاضر
لاستوا حقهما كما تقدم في المسيله التي قبل هذه وتقرير الجواب وهو الفرق
بين المسيلتين ان يقال انما ياخذ نصف ما في يده اذا كان قد اخذه كله بالشفعه كما في
تلك المسيله اما هنا فنصف ما في يده اصل ماخوذ بحكم الشفعه ونصفه بدل ماخوذ
عوضا عما تركه لصاحبه بالقسمه فقد ارث شفعه الثالث بين اصل تمكن لاخذ نصيبه
منه فياخذ نصفه وهو ربع ما في يد القاسم وبين بدل لا يمكنه الاخذ منه لكونه
مقبوضا بحكم قسمه فاسده اذ هي مستحقه النقض حقا للغايب لان قسمتها في غيبه
الثالث لا تقطع حقه في النقض دفعا للضرر تفريق ملكه في موضعين الا يرى ان المقبوض
بالمبادله من كل وجه اذا كانت فاسده لا شفعه فيه لما في ذلك من تقرير الفساد الواجب

دفعه ففي المبادله من وجه اذا كانت فاسده اولى ص باب
الشفعه في بيع شرط فيه الضمان والخيار لا شفعه فيما اشترى على ان الشفيع ضامن
دركا او ثمنا للفساد بالغرر ان لم يضمن الشفيع في المجلس وللاسقاط حذار التضاد
ان ضمن كالبايع او الامر به اذ الاخذ ينقض القبض او العقد فيبرا ابراه الاصيل
ضد مستاجر يمضي بيع الموجر لان السبب تم قبله لانه عكس هذه للتعليق
ولام الشرط على الغير اذ لم يعامل ثنويا كالزياده ش اعلم ان هذا الباب
يشتمل على مسايل الباب الخامس والسابع من ابواب الشفعه في ترتيب الوجيز
والتحرير اذا عرفت هذا فنقول رجل اشترى دارا على ان شفيعها ضامن
درك المبيع للمشتري او ضامن ثمنه للبايع فلا شفعه فيها سوا حضر الشفيع في المجلس
وقبل الكفاله ام لم يحضر اما اذا لم يحضر فلفساد البيع بسبب الغرر اذ لا يدري انه هل يكفل
ام لا ولا شفعه في البيع الفاسد واما اذا حضر في مجلس العقد وقبل الكفاله فلان البيع وان جاز
استحسانا خلافا لزفر رحمه الله الا ان الشفيع بقبوله الكفاله صار مسقطا لشفعته ضروره
ان القول بعدم سقوطها يودي الى التضاد لصيرورته ساعيا في نقض ما تم به اما اذا اخذ
من المشتري فلان فيه نقض قبضه والقبض بنا على عقد تم بكفالته والتزامه واما اذا اخذ
من البايع فلوجهين احدهما سعيه في نقض العقد الذي تم بكفالته كما ذكرنا وكذا في الوجه
الثاني لان اخذه يوجب انفساخ العقد وصيرورته كان لم يكن فيبرا الاصيل وهو البايع
في صوره الدرك والمشتري في صوره الثمن اذ لا يبقى عقد يضمن دركه او ثمنه واذا بري
الاصيل في الصورتين بري الكفيل فكان في الاخذ ايضا نقض ما قصده من الالتزام بالكفاله
ولا يقال ان الشفيع اذا اخذ الدار بالشفعه يلزمه الثمن فلا براه لانا نقول انما يلزمه
بطريق الاصاله لا بطريق الكفاله وهما مختلفان فكان في الاخذ نقض الالتزام الحاصل
بالكفاله كما ذكرنا فيكون سعيا في نقض ما تم به والظاهر من حال البالغ العاقل انه لا يشتغل
بمثل هذا التضاد فيجعل اقدامه على مثله دلاله اسقاط حقه في الشفعه لا تقريره حذار
التضاد فصار في التضاد والسعي في نقض ما تم به كالشفيع اذا باع الدار او امر ببيعها اما الاول
فلان البيع يوجب التسليم على البايع سوا باع عن نفسه ام عن غيره بوكالته لان التسليم
من حقوق العقد وهو اصيل فيها والاخذ بالشفعه يمنع التسليم بعد التزامه لكون حق الشفيع
مقدما وذلك يفسد البيع واما الثاني فلان تمام البيع انما هو بامر الامر اذ لولا امره لما جاز البيع
فكان الاقدام على البيع وعلى الامر به اسقاطا لحق الشفعه كما قلنا في الشفيع اذا ضمن وهذا بخلاف

الدار المستاجره اذا بيعت من اجنبي والمستاجر شفيعها فامضى البيع حيث لا يسقط شفعته
لان اخذه بالشفعه ليس فيه تضاد اذ ليس سعيا في نقض ما تم به لان سبب ثبوت حقه
وهو البيع تم قبل امضايه لا بنفس امضايه اذ ليس البيع معلقا بامضايه عكس مسيلتنا
هذه لان البيع فيها تعلق بضمان الشفيع فكان تمام السبب معلقا بقبوله الكفاله والمعلق بالشرط
عدم قبل وجود الشرط قوله ولايم على وزن سافر الى اخره من الملامه بمعنى الاتفاق
يقال التام الشيان اذا اتفقا وفيه اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
الثمن مقابل بثبوت الملك للمشتري فوجب ان لا يصح اشتراطه على الاجنبي اذ لا يجوز
ان يشتري الانسان شيا بثمن على غيره لانه شرط لا يلايم العقد اذ موجبه وجوب الثمن
على من يثبت له الملك لا على غيره وهذا قياس وبه قال زفر رحمه الله وتقرير الجواب
وهو الاستحسان ان يقال الشرط المذكور مذكر التوثق بالثمن فكان من هذا الوجه
ملايما للعقد وليس هو مقابلا بثبوت الملك للمشتري ليمتنع بل بانتفا الغرر المفسد للعقد
اذ بقبول الكفيل ينتفي معنى الغرر واذا لم يكن مقابلا بثبوت ملك المشتري كان المشتري
والاجنبي فيه سوا كالزياده فيما اذا قال الاجنبي للبايع زدتك في الثمن خمسماية على اني
ضامن ولم يامره المشتري بذلك لانها وان كانت مقابله بثبوت الملك للمشتري من حيث
الصوره والتسميه الا انها ليست مقابله به من حيث الحقيقه والمشتري والاجنبي
في ذلك سوا اذ كل واحد منهما لا يملك بازايها شيا لم يكن مالكا له من قبل وقد ذكرنا
هذه المسيله في باب زياده الاجنبي من كتاب البيوع ص كذا ان باع على ان الشفيع
بالخيار لتضاد بين الرغبتين صدّ ما لو اشترى اذ الشفعه بالزوال لا بالثبوت
بدليل الوجوب بزعم مردود وهو في الاولى بالامضا وفي الاخرى بالعقد كما في خيار
نفسه ثم الغير نايب تحريا للصحه والتوكيل بنقل التنفيذ الى الشارط حكما لا حقيقه فالشك
في الاولى في الثبوت وفي الاخرى في السقوط وبالحرف تعرف وقت الطلب وتجب
الشفعه للمشتري لا للبايع وفي شرا الموكل لا في بيعه عند الامام الا ان يسلم وفي الشرا
بشرط الخيار وان رد لا في البيع الا ان يجيز ش اي وكذا لا تجب الشفعه لو باع الرجل
دارا على ان شفيعها بالخيار ثلثة ايام لانه ان ابطل البيع فظاهر وان امضاه سقطت
شفعته حذار التضاد لان الامضا رغبه منه في تملك المشتري واخذه بالشفعه
رغبه منه في تملك نفسه دونه وبين الرغبتين تضاد والعاقل لا يشتغل بمثل ذلك
فكان اقدامه على الامضا دليل اسقاط حقه بخلاف ما لو اشتراها على ان شفيعها

بالخيار ثلثة ايام فامضى البيع حيث لا يبطل شفعته ان كان قد طلب الشفعه قبل ذلك لان حق
الشفعه يتعلق بزوال ملك البايع لا بثبوت ملك المشتري بدليل وجوبها اذا زعم المالك
انه باع من فلان ورد فلان زعمه البيع وزوال ملك البايع في الصوره الاولى وهي ما اذا باع بشرط
الخيار للشفيع يتعلق بامضا الشفيع وفي الصوره الاخرى وهي ما اذا اشترى بشرط الخيار
للشفيع يتعلق بالعقد لا بالامضا كما لو كان الخيار مشروطا لنفس العاقد في الصورتين
الا ترى انه لو اشترى دارا على انه بالخيار وجبت الشفعه لان خيار المشتري لا يمنع زوال
ملك البايع ولو باع على انه بالخيار لم تجب الشفعه لان خياره يمنع زوال ملكه ثم نقول
الغير المشروط له الخيار نايب عن الشارط تحريا للصحه اذ لو لم يجعل نايبا لبطل اصلا
وهذا لانه لا وجه لاثباته له بطريق الاصاله ويمكن اثباته له بطريق النيابه عن نفسه
ولهذا كان اشتراط العاقد الخيار لغيره اشتراطا لنفسه ايضا واذا كان كذلك فيجعل
اشتراط الخيار للشفيع اشتراطا لنفسه اولا ثم اشتراطا للشفيع بطريق النيابه عن نفسه
بحكم الخيار اقتضا تصحيحا للتصرفه بقدر الامكان ولهذا لم يقل به زفر رحمه الله لكونه
لا يقول بالاقتضا واذا كان الشفيع في الخيار نايبا عن الشارط والتوكيل ينقل تنفيذ
العقد الى الشارط حكما لا حقيقه لكون الشفيع هو الموجب للبيع وقع الشك لكن في الصوره
الاولى في ثبوت الشفعه لانها لم تثبت بنفس العقد فلا يثبت بالشك وفي الصوره الاخرى
الشك في سقوطها لانها تثبت بنفس العقد فلا يسقط بعد ذلك بالشك قوله
وبالحرف يعرف وقت الطلب الى اخره اشاره الى اربع صور تبتني على الاصل المذكور
وهو تعلق حق الشفعه بزوال ملك البايع اما الاول فهي معرفه الوقت الذي يعتبر
فيه طلب الشفعه حتى ان البايع اذا شرط الخيار لنفسه لم تجب الشفعه قبل سقوط
خياره فلا يكون الطلب قبل ذلك معتبرا في ثبوتها ولا عدمه معتبرا في سقوطها
واما الصوره الثانيه فهي وجوب الشفعه للمشتري لا للبايع حتى لو اشترى الشفيع
الدار لنفسه او لغيره وجبت له الشفعه لوجود الشرط في حقه وهو زوال
ملك البايع ولا يقال اذا كان مشتريا لغيره لو اخذ بالشفعه كان ساعيا في نقض ما تم
من اثبات الملك للامر به فوجب ان يسقط شفعته لانا نقول العقد يقتضي ثبوت
الملك للعاقد في الاصل الا انه يقع للامر حكما والشفيع ينقض ما اوجبه الحكم الا ترى
انه ينقض ملك المشتري فكذا هذا بخلاف ما اذا باع عن نفسه او عن غيره حيث لا يجب
له الشفعه لان اخذه بالشفعه يبطل القبض المسمى بالعقد للمشتري فيفسد البيع فلا يتحقق

شرط وجوب الشفعه وهو زوال الملك واما الصوره الثالثه فهي وجوب الشفعه
في شرا المرتد الدار المشفوعه لان حق الشفعه يتعلق بزوال ملك البايع وقد زال
ملكه سوا قلنا بصحه تصرفه كما هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ام قلنا بتوقفه
كما هو مذهب ابي حنيفه رحمه الله لتمام البيع من جانب البايع بخلاف ما اذا باع حيث
لا تجب الشفعه عند الامام الا ان يسلم قبل اللحاق بدار الحرب لان توقف العقد لحق
المرتد عنده فاذا كان بايعا كان بمنزله البايع بالخيار واما اذا كان مشتريا كان بمنزله
المشتري بالخيار واما الصوره الرابعه فهي وجوب الشفعه في شرا الدار بشرط
الخيار للمشتري سوا رد المشتري البيع ام امضاه لان خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع
من ملك البايع فوجد شرط وجوب الشفعه وهو زوال ملك البايع بخلاف البيع بشرط
الخيار حيث لا تجب الشفعه لفقد شرطها وهو زوال ملك البايع الا ان يجيز البايع البيع
فتثبت الشفعه حينيذ لتحقق زوال ملكه ص فان ادعى البايع الخيار والشفيع اللزوم
فالقول لمن صدقه المشتري لانه ان صدق البايع فقد انكر التمليك وان صدق الشفيع
فقد انكر الشرط اذ يجحد الزوال معارض بالاقرار بالبيع كما لو لم يكن ثالث والبينه للشفيع
ترجيحا للمثبت معنى على المثبت لفظا كما لو شهدوا انه اعتق او اسلم ولم يستثن ويجحده
البايع والامر بالشرا ش رجل باع دارا فطلب الشفيع الشفعه فادعى البايع انه
باع بشرط الخيار لنفسه ولم تمض المده وادعى الشفيع لزوم البيع بان قال كان باتا
او كان بخيار وقد مضت المده فالقول قول من صدقه المشتري منهما لانه ان صدق
البايع في كون البيع بالخيار فقد اتفقا على عدم التمليك اذ خيار البايع يمنع خروج المبيع
من ملكه فكانا منكرين ما يدعيه الشفيع من ثبوت حق الشفعه لان اصل العقد لا يعرف
الا بقولهما فكذا وصفه والقول قول المنكر وان صدق الشفيع فقد اتفقا على انكار شرط
الخيار وهو عارض والقول قول من ينكر العوارض هذه روايه الجامع وهو استحسان
والقياس ان يكون القول للبايع وهو روايه النوادر عن ابي حنيفه رحمه الله قال
الهاشمي رحمه الله وذكر الجصاص رحمه الله ان عند ابي حنيفه رحمه الله القول قول
من يدعي الخيار وعند محمد رحمه الله القول قول من ينكر وعند ابي يوسف رحمه الله
ان افترقا عن المجلس كان القول قول من ينكر الخيار وان لم يتفرقا كان القول قول
من يدعي الخيار لان الافتراق بعد القبض اماره تمام العقد وتاكده فمن ادعى خلاف الظاهر
فلا يقبل والقيام من المجلس قبل القبض بمنزله القيام حاله الايجاب فيكون الظاهر شاهدا

لمن ادعى الخيار قوله اذ يجحد الزوال معارض بالاقرار بالبيع الى اخره اشاره الى وجه
القياس والاستحسان اما القياس فوجهه ان البايع وان كان مدعيا صوره لدعواه
شرطا زايدا في البيع لكنه منكر لانه يجحد زوال المبيع عن ملكه فوجب ان يكون القول قوله
كما لو اختلف هو والمشتري في نفس البيع واما الاستحسان فوجهه ان يقال ما ذكر ثم
من يجحد البايع زوال المبيع عن ملكه معارض باقراره بسبب الزوال وهو البيع ثم هو
يدعي على المشتري امرا حادثا يمنع الزوال والمشتري ينكر فكان القول قوله وصار كما لو
اختلفا على هذا الوجه ولم يكن معهما ثالث وهو الشفيع وهناك القول قول المشتري
لانكاره عارض الخيار فكذا هنا بخلاف ما اذا اختلفا في نفس البيع لان البايع هناك لم يقر
بسبب الزوال اصلا بل يجحده فلا يعارض هذا كله اذا لم يكن بينه واما اذا اقاما البينه
فالبينه بينه الشفيع لانها وان قامت على نفي الخيار صوره فهي مثبته لحقه في الشفعه
من حيث المعنى عكس بينه البايع لانها وان قامت على اثبات الخيار صوره فهي نافيه
لحق الشفعه من حيث المعنى فترجحت بينه الاثبات المعنوي كما ترجحت فيما اذا شهدوا
على رجل انه اعتق عبده او انه اسلم ولم يستثن على شهاده من يشهد له انه استثنى لان الشهاده
بالاستثنا وان كانت مثبته له لفظا لكنها نافيه للعتق والاسلام من حيث المعنى بخلاف
الاخرى لانها وان نفت الاستثنا لفظا لكنها اثبتت العتق والاسلام من حيث المعنى والعبره
للمعاني لا للالفاظ والبينات للاثبات لا للنفي قوله ويجحده البايع والامر بالشرا
اي ويشبه اختلاف البايع والشفيع في صفه العقد من حيث جعل القول قول من صدقه
المشتري اختلاف الامر بالشرا مع المامور في صفه العقد من حيث جعل القول قول
من يصدقه البايع حتى ان من امر غيره بشرا عبد بعينه ولم يسم ثمنا فاشترى فقال الامر
اشتريته بالف وقال المامور بالفين كان القول قول من يصدقه البايع اما اذا صدق
المامور فلان اصل العقد انما يعرف بقولهما فكذا وصفه وهو الثمن اشار اليه
في الهدايه وفي التخالف اختلاف يعرف هناك واما اذا صدق الامر فلانهما اتفقا
على انكار الالف الزايد والقول قول المنكر فالبايع نظير المشتري في مسيله الشفعه
والامر نظير الشفيع والمامور نظير البايع وزياده الثمن نظير الخيار المختلف فيه والله اعلم

ص باب ما للشفيع دون المشتري وبالعكس اعلم ان هذا الباب
في ترتيب الجامع سادس ابواب الشفعه وقد ضم المصنف رحمه الله الى مسايله مسايل
من الباب السابع كمسيله بيع الدار بالعبد ومسيله تجوز البايع والكفيل عن الجياد بالزيف

ومسئله القسمه كما نبينه ان شا الله تعالى ص له خيار الرويه والعيب وان راى
المشترى اوابرأ لان الاخذ شرا اوخلافه نه بعد الملك لا قبله عكس الموكل فيما
بالعقد كالاقاله لا العارض كالتخيير والتاخير قصر الحجر على دفع الدخيل
والعهده على الماخوذ منه اذ الاخذ من المشترى تقرير لانه ان بان حق سابق
حتى شاع فساد هبه الشفيع بزحام المثل لم يبن عدم الملك عند الاستحقاق ومن البايع
فسخ لفوت القبض غير ان الشفعه بنفس الزوال عني بعيته ان تلف البدل
قبل القبض لكن بقيمته سليما في عيب جهل عند العقد وفا بمقتضاه اذ رضى المشترى
بر لا حط عداد بغيير الاصل بالوصف لهذا الو نحوز البايع والطالب بالزيف
كان رجوع الدخيل والصبي والمرابحه بالجياد ولا يرجع بقيمته بنا على فكه الاستحقاق
وان سلم الدخيل راضيا كشريك دار قاسم اذ الجبور لا يغر والحق العين لا يشترط
بالحكم ضد دارس لان القسمه في النصف اذ لم يستحق قبل الحكم وبالحرف لم يرجع الفارى
على العازى بقيمه الولد بعي قاس على تدبير الام قبل الاسر والا فالاظهر ترجيح
حق العتق س اعلم انه اذا بيعت الدار المشفوعه واخذها الشفيع بالشفعه
ولم يكن راها فله خيار الرويه سوا كان المشترى قد راها ام لم يكن وكذلك لو وجد
بها عيبا قد يما كان له ان يردها بالعيب سوا كان المشترى ابرا البايع من كل عيب
ام لم يكن لينزل الشفيع منزله المشترى قوله لان الاخذ شرا اوخلافه اشاره
الى اختلاف المشايخ رحمهم الله في نزول الشفيع منزله المشترى قال بعضهم
يكون الاخذ شرا للدار من البايع لا خلافه وينتقض البيع بين البايع والمشترى
بدليل ان الشفيع لو رد الدار لا يعود البيع بين البايع والمشترى ولان التحول والخلافه
كان للضروره وبالرد ارتفعت الضروره فلو كان الاخذ بخلافه لعاد البيع بين البايع
والمشترى وقال شيخ الاسلام على الاسبيجابى رحمه الله وهذا غير صحيح لانه
لو انتقض البيع لبطلت الشفعه لانها تبنى عليه والصحيح ان حكم عقد المشترك
تتحول اليه واليه اشار في الكتاب فانه قال وصار البيع للشفيع وصار في معنى المنتقض
في حق المشترى على معنى انه لا يبقى له حكم في المستقبل في حقه الا انه اذا كان
الحال قبل القبض ينتقض من الاصل لعدم تمام القبض لو فعت الشفعه تملكا
على البايع ولهذا يرجع بالعهده عليه واذا كان بعد القبض لم ينتقض من الاصل
فبقى تملكا في الظاهر على المشترى لتحول حكم العقد منه اليه فتكون العهده على المشترى

قوله نه بعد الملك لا قبله عكس الموكل اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
لو كان ثبوت الملك للشفيع بحكم الخلافه والتحول عن المشترى لكان الشفيع كالموكل والمشترى
كالوكيل ولو كان كذلك لم يثبت للشفيع خيار الرويه والعيب لان المشترى وكيله
ورويه الوكيل يبطل خيار الموكل وتقرير الجواب ان يقال الخلافه هنا انما تثبت
بالاخذ بعد ثبوت الملك للمشترى لا قبله لانه انما عقد لنفسه دون الشفيع لكن الشرع
حكم عليه بتحول حكم عقده الى الشفيع فصار الشفيع كالمشترى منه ولزوم العقد
في حق الاول لمعنى يخصه وهو الرويه والعلم بالعيب لا يوجب اللزوم في حق الثاني
اما خلافه الموكل عن الوكيل فلا يتوقف على اخذه المبيع بل يثبت بعقد الوكيل
قبل ثبوت الملك للوكيل لا بعده فكان لزوم العقد في حق الوكيل لزوما في حق الموكل
قوله فيما بالعقد الجار فيه متعلق بقوله شرا التقدير لان الاخذ شرا اوخلافه
فيما يختص بنفس العقد كالاقاله لا فيما يثبت بامر عارض للعقد كتحيير احد المتعاقدين
صاحبه وكتاخير البايع الثمن عن المشترى فلا يثبت الخيار المشروط في العقد للشفيع
ولا الاجل المشروط في الثمن له لما ذكرنا من ان ثبوت حق الشفعه على خلاف القياس
شرع جبرا ضروره دفع الدخيل وذلك يحصل بانتقال ما يثبت بمطلق العقد الى الشفيع
وهو الملك فقصر الجبر الشارع على ما يدفع ضرر الدخيل ولا ضروره في تعديه الجبر
الى ما لا يثبت في العقد الا بامر عارض فاقتصرنا وقول المصنف رحمه الله كالاقاله
تشبيه للاخذ بالشفعه بالاقاله من حيث ان كل واحد منهما فسخ في حق العاقدين بالنسبه
الى الحقوق التي تختص بنفس العقد لا بالنسبه الى ما يثبت في العقد بامر عارض على ما ذكرنا
ثم اذا اخذ الشفيع الدار كانت العهده على الماخوذ منه سوا كان البايع ام المشترى
اما اذا اخذ من المشترى فلان اخذه منه تقرير لملكه لا فسخ له فينتقل الى الشفيع
بعهدته قوله لانه ان بان الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
لو ان حق الشفيع سابق على حق المشترى ولهذا لو اشترى احد الشفيعين الدار ثم وهبها
من رجل ثم حضر الشفيع الاخر واخذ النصف انفسخت الهبه فيه وتعدى الفساد الى
النصف الاخر لان اخذ الثاني لما كان بحق سابق على ملك المشترى صار كهبه المشاع
فيما يحتمل القسمه واذا كان حق الشفيع سابقا على حق المشترى وجب ان ينفسخ البيع
كما لو ورد الاستحقاق على يده ولو انفسخ ملكه لم يلزمه عهده فكذا هنا وتقرير
الجواب ان يقال حق الشفيع ان بان انه سابق على حق المشترى كما ذكر ثم الا انه

لمس ان الدار لم يكن مملوكه للمشترى اذ لا شك فى كون البايع كان مالكا لما انتقل بيعه الى
ملك المشترى واذا كان ملك المشترى ثابتا وقت اخذ الشفيع كان الاخذ منه تقرير لذا
لملكه فينتقل منه اليه فكان الشفيع متملكا من المشترى فتكون العهده عليه بخلاف
الاستحقاق لان به يتبين ان البايع لم يكن مالكا لما باعه واذا لم يجز المسمى البيع بطل
من اصله فافترقا واما اذا اخذ الشفيع الدار من البايع فلان الاخذ منه فسخ لعقد
المشترى حيث كان مُفَوِّتًا للقبض المستحق بالعقد فى حق المشترى وذلك يوجب
انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لانه تعذر ان يجعل يد الشفيع
نايبه عن يد المشترى لتقدم حقه وقبضه لنفسه على وجه التملك ابتدا بخلاف
ما اذا باعها المشترى من غير الشفيع على راى من يجوز بيع العقار قبل القبض حيث
لا ينفسخ البيع لان يد الثانى يمكن جعلها نايبه عن يد المشترى لانه مسلطه فلا تفوت
قبض المشترى الاول من حيث المعنى فافترقا قوله غير ان الشفعه بنفس الزوال
الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال سبب وجوب الاخذ
بالشفعه عقد البيع فاذا انفسخ وجب ان يبطل الشفعه وتقرير الجواب ان يقال
سببه وجوب حق الشفعه زوال ملك البايع وقد وجد وبقا السبب ليس بشرط
لبقا حق الشفعه ولهذا يثبت الشفعه بعد انفساخ البيع الا ترى انه لو اشترى دارا
بعبد فهلك العبد قبل قبضه انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والعبد
معقود عليه وكان حق الشفعه باقيا كما كان لوجود سببه وهو زوال ملك البايع
فياخذها الشفيع بقيمته قوله لكن بقيمته سليما الى اخره اشاره الى ان مشترى
العبد وهو بايع الدار لو اطلع على عيب فيه لم يعلم به حال العقد كالعور مثلا ورضى
به وقبضه او لم يرض ونقض البيع واخذ الشفيع الدار فعليه قيمه العبد سليما وفا
بمقتضى العقد وهو سلامه المعقود عليه واذا دخل العبد فى العقد سليما وجب
ان تجب قيمته على الشفيع سليما كما دخل فى العقد بخلاف ما اذا علم مشتريه
عيبه عند العقد ورضى به حيث تجب قيمته على الشفيع معيبا لدخوله فى العقد
معيبا قوله اذ رضا المشترى ليس حطا الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر
وتقريره ان يقال وجب ان لا يلزم الشفيع قيمته سليما وان جهل المشترى عيب
العبد عند العقد اذا رضى به بعد ذلك لان رضاه مع فقد وصف السلامه يجعل الثمن
هو العبد لا وصف سلامته فكان حطا لبعض ثمن الدار عن مشتريها وحط بعض الثمن

عن المشترى حط عن الشفيع وتقرير الجواب ان يقال رضا المشترى بالعيب ليس مبتدا
لا حط فلا يظهر فى حق الشفيع لان المرضى به بدل العين العورا وهو وصف وتبع فى
العقد فلو قلنا انه حط من الثمن لالتحق باصل العقد واوجب تغييره لخروجه
من ان يكون موجبا صفه السلامه فى الثمن ولا يجوز ان يتغير الاصل وهو العقد
بالتصرف فيما هو وصف وتبع فى العقد واذا لم يجز ان يتغير الاصل بالوصف لم يلحق
بركه باصل العقد بل تقتصر على الحال على وجه البر المبتدا او المسامحه والبر فى حق
شخص لا يكون برا فى حق شخص اخر الا ترى ان المشترى او الكفيل لو دفع الزيوف
عن الجياد وتجوز بها البايع او الطالب كان رجوع الدخيل وهو مشترى الدار على
الشفيع اذا اخذها ومراجعه بالجياد وكذا رجوع الضمين على المديون بالجياد لما ذكرنا
ان الجياد مستحقه بالاصل فلا يجوز ان يتغير بالتصرف فى التبع وهو الوصف فكان برا
مبتدا قوله ولا يرجع بقيمه بنا فكه بالاستحقاق الى اخره اشاره الى ان الشفيع اذا اخذ
الدار بالشفعه وبنى فيها ثم استحقها رجل ونقض بناه يرجع على الماخوذ منه بالثمن ولا يرجع
بقيمه البنا سوا كان الماخوذ منه بايعا ام مشتريا وسوا سلم الدخيل وهو المشترى
الدار بالشفعه راضيا ام بحكم القاضى اما الثانى فلان الشفيع وان كان كالمشترى من
الماخوذ منه الا ان المشترى انما يرجع على بايعه بقيمه البنا بحكم الغرور لان البايع
لما ملك المشترى مختارا صار ضامنا سلامه المبيع وسلامه تصرفاته التى تتصل بالبيع
لانه يكون قايلا له بدلاله الحال انا المالك لهذا لا حق لاحد فيه وان جا من يدعى استحقاقه
فهو مبطل وانا اضمن ما يجب لك تحقيقا لسلامه ما شرطت لك وهذا المعنى انما يتحقق
فيما يملكه لغيره باختياره والماخوذ منه بالشفعه مجبور على التمليك فلا يكون شارطا
للسلامه دلالة فلم يكن غارا للشفيع فلا يصير الشفيع مغرورا من جهته بل يصير مغترا
فلا معنى لرجوعه على الماخوذ منه وروى بشر بن الوليد عن ابى يوسف رحمه الله
ان الشفيع يرجع بقيمه البنا وهكذا روى الحسن بن زياد رحمه الله لان كل من يثبت
الرجوع عليه بالثمن يثبت الرجوع عليه بقيمه البنا وجوابه ما ذكرنا وانما يرجع
الشفيع بالثمن لان المبدل استحق من يده فيرجع بالبدل كيلا يجتمع البدل والمبدل
فى ملك رجل واحد واما الاول فلان المشترى وان سلم الدار راضيا الا انه فعل عين
ما وجب عليه من الحق والحق اذا كان معينا لا يشترط فى ادائه حكم القاضى ولهذا
لو لم يسلم اجبره القاضى فكان مجبورا عليه من حيث المعنى وصار كشريك فى دار واحده

الثانى اذا دفع للماخوذ منه بحكم القاضى

قوله كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد ملك رجل واحد لان التمليك ... [illegible]

الاول اذا سلم راضيا

فاسم شريكه وبنى فى نصيبه فاستحق نصيبه من حيث انه لا يرجع بقيمه البنآ على شريكه
وان كانت القسمه بغير قضا لانهما فعلا عين الحق الواجب اذ قسمه الدار الواحده
بينهما واجبه اذ لا يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بملكه الا بتمييزه عن ملك الاخر
الا انه بتضييق الوجوب بالقضا ولا غرور فى اقامه الواجب وهذا بخلاف المشترى اذا
رد المبيع بالعيب بعد القبض بغير قضا حيث لا يجعل البايع مجبورا عليه وان كان بحال لو لم
يفعل اجبره القاضى اذ هناك لم يفعل عين الحق الواجب لان الرد ليس هو عين الحق
بل الواجب تسليم المبيع سليما والقاضى او المشترى يطالبه بذلك اولا الا انه بحكم العجز عنه
تعين الرد مخلصا له فكان كالمختار فيه على ما ذكرنا قوله ضد دارين اشاره الى الفرق
بين مقاسمه الشريك فى دار واحده وبين مقاسمته فى دارين حيث يرجع الشريك
بقيمه البنا فى قسمه الدارين اذا كانت بغير قضا ولا يرجع فى قسمه الدار الواحده
والفرق ان الدارين لا تقسمان قسمه واحده بطريق الوجوب ولهذا لو رفعا الامر
الى القاضى لا يجبرهما على ذلك فلم يكن فعلهما عين الحق الواجب فصار بمنزله بيع نصف
دار بنصف اخرى وكل واحد منهما مختار فى ذلك فيدخل فيه الغرور وهذا على قول
ابى حنيفه رحمه الله ظاهر لان القاضى لا يقسم الدارين عنده قسمه واحده واما عندهما
فان كان يقسمهما الا ان القسمه غير معينه عليه بل هو مخير فى ذلك ان راى المصلحه
فيه الزمهما ذلك والا فلا واذا راى المصلحه فيه وقسم الدارين جاز اجماعا وصار
كقسمه الدار الواحده لكونه قضا فى فصل مجتهد فيه قوله وبالحرف لم يرجع الفادى
على الغازى اى وبالاصل الذى ذكر من ان الحق اذا كان معينا لا يشترط فى اقامته
حكم القاضى لو اسرت جاريه ثم غنمت ووقعت فى سهم بعض الغزاه ففداها المولى
القديم بالقيمه واخذها واستولدها فاقام رجل بينه انها اسرت من يده وردت
الجاريه عليه وضمن المستولد عقرها وقيمه الولد له كما هو الحكم فى ولد المغرور
من حيث انه وطى على تقدير الملك ظاهرا وتبين انه لا ملك له واذا ضمن كان له
ان يرجع على الغازى بالقيمه التى دفعها اليه دون العقر والولد اما العقر فلكونه
استوفا بدله واما قيمه الولد فلان الغازى اذا دفع الجاريه الى الفادى بالقضا فهو مجبور
والغرور لا يتحقق من المجبور وكذا اذا دفع بغير قضا لانه فعل عين الحق الواجب
وايقاع عين الحق بقضا وبغيره سوا قوله يعنى واما على تدبير الام قبل الاسر
الى اخره اشاره الى ان بينه المستحق انما تقبل وتقضى بالجاريه له اذا اقامت على انها

بصوابه المستحق

مدبرته دبرها قبل اسرها من يده لامتناع نقل المدبره من ملك الى ملك بالاسر وغيره
واما اذا اقامت البينه على مجرد الملك فالاظهر من الروايه ترجيح الفادى على الغازى
لثبوت حق الحريه وهو الاستيلاد من جهته وهذا على روايه الجامع والشفعه
وذكر فى السير الكبير ان المستحق ياخذها من الفادى لان حق الفدا كان له لا للفادى
فلم يملكها الفادى فلا تصير ام ولد له بالاستيلاد فكان لمولاها ان ياخذها لكنا نقول
بان تسليم الغازى الى الفادى بمنزله البيع منه فصار كانه اشتراها واستولدها
ثم حضر الماسور منه وهناك لا سبيل للماسور منه على الجاريه ترجيحا للفادى باثبات
حق الحريه للجاريه من جهته كما ذكرنا فكذا هنا والله اعلم ص باب

شفعه الوارث بيع المريض من الاجنبى يوجب الشفعه للاجنبى مطلقا اذ يلزم ذاتا
او بالاجازه او رفع المحاباه او ينفسخ بعد الزوال لان ضيق الثلث بالموت لا قبله
ولا يوجب للوارث بحال خلافا لهما فى العادل وبما سر عدل لانها بصفقه البايع
شرا او خلافه على ما مر ولا تعرى عن ايثار بعين او ماليه والكل مثار الغيظ والاجا زه
ملحق العقد لا الحق وبيعه من الوارث يوجب للاجنبى مشروطا بالاجازه عنده
للايثار المفسد قبلها ضد الاول واكتفيا بتعديل الماليه اذ قصر الحجر عليها س
اعلم ان المريض مرض الموت اذا باع داره ولها شفيع فلا يخلو اما ان يبيعها من اجنبى
او من وارثه اما بيعه من الاجنبى فيوجب الشفعه للشفيع الاجنبى مطلقا سوا كان
البيع بمثل القيمه ام بمحاباه تخرج من الثلث او لا تخرج وسوا رضى المشترى برفع المحاباه
واخذ الدار ام لم يرض وردها وهذا لان حق الشفعه يلزم بذات عقد البيع
ان كان بمثل القيمه فصاعدا او بمحاباه تخرج من الثلث او يلزم باجازه الورثه
ان لم تخرج المحاباه من الثلث او برفع المشترى المحاباه وتبليغه الثمن الى تمام ثلثى
مال الميت وكذا اذا لم يرفع المحاباه وفسخ البيع لان البيع وان انفسخ انما ينفسخ
بعد زوال ملك البايع والزوال كاف فى ثبوت حق الشفيع وهذا لان البيع وقع
صحيحا لان المانع من صحته اذا كان بمحاباه لا تخرج من الثلث حال الوصيه ضيق
الثلث عنها وضيق الثلث انما يتحقق بموت المريض قبل ان يكتسب مالا يتسع
الثلث به للمحاباه لا قبل الموت حتى لو ظهر له مال اخر سلم المبيع للمشترى
وباعتبار صحه البيع يزول ملك البايع وبالزوال يثبت حق الشفعه كما ذكرنا
هذا اذا كان الشفيع اجنبيا واما اذا كان وارثا فلا يوجب بيع المريض الشفعه

للوارث بحال سوا كان البيع بمثل القيمه فصاعدا ام باقل وسوا اجاز بقيه الورثه ام لم يجيزوا
وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله خلافا لهما في البيع العادل وهو البيع بمثل القيمه وفي الخاسر
وهو البيع باقل من القيمه اذا عدل بتبليغ الثمن الى القيمه لان اخذ الشفيع الدار بالشفعه
كشرايه بنفسه ولو اشتراها بنفسه بمثل القيمه او باقل وبلغ الثمن الى القيمه جاز عندهما
فكذا هذا ولابي حنيفه رحمه الله ان الشفعه التي تثبت للشفيع انما تثبت بصفقه البايع
بشرا او خلافه على ما مر في باب ما للشفيع دون المشتري وبالعكس فيصير كان
المريض باعها من الوارث وبيعه من الوارث لا يصح لانه يعرى عن الايثار اما بالماليه
ان كان البيع باقل من القيمه واما بعين الدار ان كان البيع بمثل القيمه بصاعد الرغبات
الناس في الاعيان اذ الانسان قد يفتخر بخطه ابايه فوق ما يفتخر بكثره امواله وكل ذلك
مظنه اثاره غيظ بقيه الورثه ظاهرا فبطل شفعته اصلا سوا كان منفردا ام كان
معه شفيع اجنبي ويكون الكل للشفيع الاجنبي بخلاف الاجانب اذ لا يعتبر في حقهم
الرغبات في الاعيان لعدم اماره التهمه والايثار الا يرى ان اقرار المريض بالدين
والعين والاستيفا يصح في حق الاجنبي دون الوارث فكذا البيع بمثل القيمه
واعلم ان الخلاف المذكور انما هو على روايه كتاب الوصايا اما على روايه الجامع
وكتاب الشفعه فلا شفعه للوارث بالاتفاق قال في التحرير وهو الاصح وفي الوجيز
هو الصحيح ووجهه ان المريض اذا باع من اجنبي دارا بمحاباه وقيمتها الف وله مال
غيرها لا يملك الوارث اخذها بالشفعه بالثمن المسمى لما فيه من المحاباه ولا بالقيمه
لما فيه من تغيير العقد بزياده الثمن ولا اعتبار لاجازه بقيه الورثه لان محلها
عقد موقوف وعقد الاجنبي نافذ لان المحاباه بقدر الثلث ولا يمكن اعتبارها
ايضا في حق الوارث لانه لا حق له قبل اخذ المشتري ليعمل اجازه العقد في حقه
وبعد اخذ المشتري لا حق للوارث في الاخذ بالثمن لما فيه من المحاباه ولا بالقيمه
لما فيه من تغيير العقد كما قلنا وهذا بخلاف ما اذا اشترى الوارث بنفسه كما استشهد
به لهما في وجه روايه كتاب الوصايا لان شرا الوارث بنفسه يتوقف على سلامه
البيع له اما بالثمن المسمى عند الاجازه على قولهما واما بالقيمه عند عدمها فجاز اتمامه
على هذا الوجه واذا كان كذلك ظهر ان قول المصنف رحمه الله خلافا لهما في العادل
والخاسر عدله مشكل لوجهين احدهما اطلاق الجواب مع تعدد الروايه عنهما والثاني
اعراضه عن ذكر الروايه المختاره الى غيرها قوله والاجازه تلحق العقد لا الحق

اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اذا كان اخذ الوارث بالشفعه كشرايه
بنفسه وجب ان يثبت له حق الشفعه اذا اجاز بقيه الورثه كما لو اشترى بنفسه
وليس كذلك عند ابي حنيفه رحمه الله وتقرير الجواب ان يقال الاجازه انما تلحق
شيا تعمل فيه وحق الشفعه لا تعمل فيه الاجازه اذ عملها في العقود الموقوفه
دون الحقوق وعقد المشتري هنا غير محتاج الى الاجازه لنفوذه فلا تلحقه
الاجازه بخلاف ما اذا اشترى الوارث بنفسه لانه باشر عقدا موقوفا فجاز
ان يلحقه الاجازه هذا كله اذا باع المريض الدار من الاجنبي واما اذا باعها من الوارث
فبيعه يوجب للشفيع الاجنبي حق الاخذ بالشفعه مشروطا باجازه بقيه الورثه
فان اجازوه جاز وثبت حق الشفعه للاجنبي وان ردوه بطل وبطل حق الشفعه
وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله لانه اثره بعين من اعيان ماله والايثار مفسد
للبيع عنده قبل اجازه بقيه الورثه ولا شفعه في البيع الفاسد الا ان يزول المفسد
باجازه بقيه الورثه وصار كما لو باع الى الحصاد والدياس ثم اسقط المفسد قبل تقرره
بخلاف المسيله الاولى وهي ما اذا باع من الاجنبي والوارث شفيعها حيث لا يصح
باجازه بقيه الورثه لما ذكرنا من ان الاجازه انما تلحق العقد الموقوف دون حق
الاخذ بالشفعه والعقد هناك نافذ واما ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فاكتفيا في نفوذ
العقد للوارث بتعديل الماليه اذ حجر المريض عن التصرف في حق الورثه مقصور
على معنى الماليه والاجنبي والوارث في مثل هذا التصرف سوا الا يرى انه
لو كان عليه دين مستغرق لماله لم يجعل بيعه بمثل القيمه وصيه في حق الاجنبي
وكذا في حق الوارث قلنا الايثار بالعين لا يصح لما قلنا فصار كما لو اوصى بان يعطي
الوارث دارا بعينها بنصيبه من الميراث وذلك لا يجوز فكذا هذا الا يرى انه
لو اوصى بان يباع داره من اجنبي بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصيه بعد موته
اذا طلب الموصى له وان الموصى له بالبيع يزاحم ساير اصحاب الوصايا فاذا ثبت
ان نفس البيع وصيه وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصيه للوارث
قلنا لا يجوز البيع منه اصلا وهذا بخلاف بيع المريض من الاجنبي اذا كان عليه دين
يستغرق ماله لان المنع لحق الغرما وحقهم في ديونهم لا في عين مال المريض الا ترى
ان للوارث ان يستخلص العين لنفسه بقضا الدين من مال اخر فاذا لم يكن في البيع
بمثل القيمه ابطال حقهم عن شي مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه فان مثل

على قولهما اذا وجب الاخذ للشفيع الاجنبي بمثل القيمه صار كانه باع بالقيمه والبيع بالقيمه
فاسد لانه مجهول فكيف تجب الشفعه قلنا لا فساد في لفظ المتعاقدين لانه باع بثمن
معلوم الا ان المحاباه لم تجز لحق الورثه الا يرى ان الورثه لو اجازوا جاز بالثمن المذكور
واذا لم يجيزوا يزاد على ذلك والزياده في الثمن بعد صحة العقد لا يوجب بطلانه
واذا لم يلتزم المشتري الزياده لم يلزمه والشفيع يقوم مقامه لان البايع اوجب
الحق له في نفس البيع فجاز ان يقوم مقام المشتري ص وبيع الصحيح يوجب في الكل
اذ لا تهمه عنده ولا فعل بعده حتى لو بصر فارا بشرط فعل الغير فلو مرض
فحط بعض الثمن يوقف الحط قبل اخذ الوارث بالشفعه على سقوطها وبعده على
اجازة الورثه وبعد اخذه توليه على وفاء الثلث حسب اذ اقتصر على المشتري
عدول لا لصون العقد ضد حط الكل والالحاق انما في الشفعه لانها صفقه المورث
لا في التوليه لانها باخرى يوجب الحط جدار التغيير والخلف الا يرى ان البدل
لو كان كرا معينا رد بالعيب غرم المشتري مثله لا قيمه الدار في الاولى اذ وجوبه
والعجز عن رد الدار بفعل البايع لا فعله عكس الاخرى ش لما بين المصنف رحمه الله
حكم بيع المريض داره من الاجنبي والوارث في حق الشفيع شرع في بيان حكم
بيع الصحيح اذا عرفت هذا فنقول اذا باع الصحيح داره وسلمها فبيعه
يوجب ثبوت حق الشفعه للشفيع في كل الصور سوا كان البيع للاجنبي ام للوارث
وسوا كان الشفيع وارثا ام اجنبيا وسوا كان بمثل القيمه ام باقل وسوا استمر البايع
على صحته ام مرض لانه لا تهمه عند وجود البيع لعدم تعلق حق الورثه بمال الصحيح
ولم يوجد منه بعد البيع فعل يوجب حق الشفعه ولا قدره له على ابطال سببها
وهو البيع الصادر منه لتعلق حق المشتري به ولا على منع الشفيع من اخذها لثبوته
شرعا ولهذا المعنى لم يصر الزوج فارا اذا علق طلاق امراته وهو صحيح بشرط هو فعل
اجنبي ثم مرض ففعل الاجنبي ذلك الفعل لعدم تهمه الفرار اذ لا يمكن جعله قاصدا
للفرار لعدم تعلق حق المراه بماله عند التعليق ولم يوجد منه بعد ذلك فعل
في ايجاد الشرط وهو فعل الاجنبي ولا قدره له على ابطال التعليق الصادر منه لانه
يمين ولا على منع الاجنبي من فعل الشرط قوله فلو مرض فحط بعض الثمن الى اخره
اشاره الى ان البايع اذا باع الدار في صحته من الاجنبي بمثل القيمه والوارث شفيعها
ثم مرض البايع فحط عن المشتري بعض الثمن فلا يخلو اما ان يكون الحط قبل اخذ الوارث

بالشفعه او بعده او يكون الحط بعد ترك الوارث الشفيع الاخذ بالشفعه واختياره
الاخذ من المشتري بالتوليه اما اذا لم يترك الاخذ بالشفعه فان كان الحط قبل اخذه
بالشفعه توقفت صحته على سقوط شفعته فان اسقطها صح الحط وان اخذ
بالشفعه بطل وان كان الحط بعد اخذه بالشفعه توقف صحته على اجازه بقيه
الورثه واما اذا حط بعد ان ترك الوارث الاخذ بالشفعه واخذ الدار بالتوليه
فتتوقف صحته على وفاء ثلث مال البايع خاصه فان خرج قدر المحطوط من الثلث
صح وحط مثله عن الوارث المشتري وهذا لان الاصل في الحط ان يلتحق باصل
العقد ويجعل كان العقد ورد على ما ورا المحطوط فلا يقتصر على الثبوت في حق
المشتري لانه عدول عن الاصل لا لضروره بخلاف حط الكل حيث يقتصر ثبوته
على المشتري ويكون برا مبتدا منه صونا للعقد عن التبديل لانه لو لم يقتصر
عليه بل لحق من يلقى منه لبقي اما هبه وهما لم يقصدا عقد الهبه واما بيعا بلا ثمن
فيكون فاسدا وهما قصدا الصحه لا الفساد واذا ثبت ان حط البعض لا يقتصر
ثبوته على المشتري بل يتعدى الى من يتلقى منه وهو الوارث الشفيع فنقول
بان الحاق الحط باصل العقد ايثار للوارث في صورة الشفعه لا في صوره التوليه
اما الاول فلانها تثبت للوارث بصفقه المورث من وجه كما ذكرنا فيثبت الحط
في حق الشفيع ضروره حذار التغيير اذ المشتري لا يملك ابطال حق الشفيع
فلا يملك تغييره ايضا لكن اذا كان الحط قبل اخذ الوارث توقف صحته على اسقاط
الوارث شفعته بالتسليم لان الصفقه لا تتحول الى الشفيع قبل الاخذ وان كان
بعد اخذه تحولت الصفقه اليه وانقلب الحق ملكا فصار كان الثمن وجب عليه
ابتدا لبقيه الورثه وفيه محاباه فيتوقف على اجازتهم واما الثاني فلان التوليه
انما تثبت بصفقه اخرى توجب اعتبار الحط في حق المشتري حذار الخلف
في الصفقه اذ لو لم يحط عن المشتري الثاني في التوليه لا تبقى الصفقه توليه
بل مرابحه لزياده الثمن الثاني على الاول وذلك خلاف ما قصداه فقول المصنف
رحمه الله حذار التغيير يعود الى صوره اخذ الوارث بالشفعه كما قررنا وحذار
الخلف يعود الى صوره اخذه بالبيع توليه قوله الا يرى الى اخره اشاره
الى الاستشهاد على ما ذكر من الفرق بين الصورتين وبيانه ان نقول بان بدل
الدار المبيعه لو كان كرا معينا فقبضه بايعها ثم وجد به عيبا فرده على المشتري غرم له

المشتري مثل الكر لانه قيمة الدار في الصورة الاولى وهي ما اذا اخذها الوارث
بالشفعة لان وجوب حق الشفعة للشفيع وعجز المشتري عن رد الدار الى البايع
عند رده بدلها بالعيب انما حصل بفعل البايع وهو بيعه لا بفعل المشتري فكان
من حجة للمشتري ان يقول للبايع عجزي عن رد الدار من جهتك لا من جهتي فليس
لك ان تضمنني قيمة الدار واذا تعذر تضمينه قيمة الدار تعين رد مثل الكر المعيب
واما في الصورة الاخرى وهي ما اذا اخذ الوارث الدار بالتولية فالحكم بالعكس
يجب على المشتري رد قيمة الدار لا مثل الكر المردود بالعيب لانعكاس العلة اذ وجوب
اخذ الوارث الدار بالتولية وعجز المشتري الاول عن ردها انما تحقق بفعل نفسه
وهو بيعه من الوارث لا بفعل البايع فلم يتحقق المانع من تضمينه قيمة الدار فيضمنها
والله اعلم ص باب الخصومة في الشفعة س اعلم ان هذا الباب
يشتمل على مسائل اربعة ابواب الاول من الابواب المتفرقة المذكورة قبل كتاب
البيوع في ترتيب الجامع والباب الثاني والعاشر والحادي عشر من ابواب كتاب
الشفعة جمعها المصنف رحمه الله في باب واحد للمناسبة ص هي مع مودع المشتري
وغاصبه باطلة لان اليد والملك للغير كذا مع موهوبه خلافا لابي يوسف حذار
التضاد اذ التملك على الموهوب له قلب الموضوع وبعد نقض الهبة ناصل للغايب
والحكم نظيره غرم المادون مع مشتريه حال غيبة المولى س اعلم ان الشفيع
اذا حضر وطلب الشفعة والدار في يد مودع المشتري او غاصبه فخصومة الشفيع
معه باطلة لان الانسان انما ينتصب خصما باعتبار ملكه او يده واليد في الدار والملك
للغير وكذا خصومته مع موهوب المشتري حتى ان الرجل لو اشترى دارا وقبضها
ثم وهبها من رجل وسلمها اليه فحضر الشفيع وطلب شفعتها فخصومته معه باطلة
عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقول ابي حنيفة رحمه الله مع محمد
رحمه الله في الاصح وهو اختيار مشايخ العراق لان ابن سماعة رحمه الله ذكره في نوادره
مع محمد رحمه الله وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الشفيع يدعي حق تملك الدار
والموهوب له ينازعه ويدعيها ملكا لنفسه فينتصب خصما له كما لو ادعى عليه
ملكا مطلقا ولهما ان القول بجواز الخصومة مع الموهوب له يودي الى التضاد
فلا يصح وبيانه ان يقال فايدة الخصومة الوصول الى ملك الدار بالشفعة والتملك
على الموهوب له قلب لموضوع الدعوى لان الشفيع يدعي حق التملك على المشتري

لا على الموهوب له فكان التملك عليه مضادا لما يقتضيه اصل الدليل واما التملك
على المشتري فلا يمكن لان بعد الحكم ينتقض هبته وذلك يودي الى جعل الغايب اصلا
في الحكم عليه وذلك غير جايز فكان التملك عليه مضادا لاصل الدليل وهذا بخلاف
الملك المطلق لان دعواه دعوى اصالة الملك لا من جهة الواهب فلم يكن في التملك
على الموهوب له مضادة لما يقتضيه اصل الدليل فافترقا ثم على قول ابي يوسف
ثم على قول ابي يوسف رحمه الله اذا اخذ الدار من الموهوب له لا يجوز دفع الثمن اليه
لان الهبة انفسخت ولا حق للموهوب له على الواهب حتى ياخذ الثمن فعلى رواية
ابن سماعة يستوثق القاضي من الشفيع بكفيل احتياطا لحق الغايب وعلى رواية
هشام عن محمد عن ابي يوسف رحمهم الله القاضي ياخذ الثمن فيجعله على يد عدل
وهذا ليس باختلاف رواية وانما هو بحسب ما يرى القاضي من المصلحة للغايب
لان في كل واحد من الوجهين فايدة اخرى فانه اذا استوثق من الشفيع بكفيل
بالثمن في ضمانه لانه دين وهو على خطر واذا قبضه وجعله على يد عدل فهو في
ضمان الغايب والمصلحة في ذلك تختلف فيكون للقاضي اختيار اصلح الامرين
ونظير الشفيع مع الموهوب له في الحكم والخلاف والتعليل غرم العبد المادون له مع
مشتريه حال غيبة مولاه وبيانه ان المولى اذا باع عبده المادون له المديون بغير رضا
الغرما وغاب ثم حضر غرماوه وارادوا ان يخاصموا المشتري ليس لهم ذلك عندهما
خلافا لابي يوسف ص كذا الخصومة مع المشتري الثاني في البيع الاول لانهما
كالعاسبيتين حتى كان الاخذ باحدهما مبطلا حق الاخذ بالاخر س اي وكذا لا تكون
خصومة الشفيع مع المشتري الثاني في البيع الاول باطلة عندهما خلافا لابي يوسف
بان كان المشتري باعها من رجل اخر وغاب فاراد الشفيع ان يخاصم المشتري الثاني
في حق الشفعة بسبب البيع الاول اما لقلة الثمن فيه او لغرض اخر اما توجه
الخصومة على قول ابي يوسف رحمه الله فلانه يعتبر دعوى الحق بدعوى الملك المطلق
واما عدم توجه الخصومة على قولهما فللتضاد لان السبب مختلف ولهذا كان اخذ
الشفيع الشفعة باحد البيعين مبطلا حقه في الاخذ بالبيع الاخر فكان التملك على المشتري
الثاني بسبب البيع الاول قلبا لموضوع الدعوى اذ هو يدعي حق التملك على المشتري
الاول لا على الثاني فكان التملك عليه مضادا لما يقتضيه اصل الدليل كما ذكرنا ثم على
قول ابي يوسف رحمه الله اذا اخذها الشفيع بالبيع الاول من المشتري الثاني وانتقض

السع الثاني وثبت للمشتري الثاني حق الرجوع على المشتري الاول واتفق النقدان في القدر
والنوع له ان ياخذ من الشفيع ما بعد من الثمن عوضا عما له على المشتري الاول لانه ظفر
بجنس حقه من مال المشتري الاول وان كان بخلاف جنس حقه ليس له ذلك لكن القاضي
بالخيار ان شا استوثق من الشفيع بكفيل وان شا اخذه منه ووضعه على يد عدل
على ما ذكرنا واذا كان الثمن الثاني اكثر من الاول بان كان الاول الفا والثاني الفين يدفع
الى المشتري الثاني الفا لان ذلك حق بايعه وقد وجب له على بايعه الف درهم فكان له
ان ياخذه قصاصا ويقال له اطلب بايعك وخذ منه الف الاخر لان الملك استحق عليه
بسبب كان في يده وسلامة الثمن موقوفة على سلامة المبيع ص ولا بد فيه عن المدعى عليه
الشرا باحالة اليد الى الغير الا بعلم القاضي او باقرار الشفيع لما مر في ابواب الدعوى
س رجل في يده دار ادعى شفيعها ان ذا اليد اشتراها من زيد وزيد يصدقه
في ذلك وطلب الشفعة فقال ذو اليد هي في يدي وديعة لعمرو واقام بينة على ذلك
لا يندفع الخصومة عنه باحالة اليد الى الغير الا ان يكون القاضي يعلم ذلك او يقر الشفيع
بذلك لما مر في الباب الثاني من ابواب الدعوى من ان علم القاضي حجة وان اقرار المدعي
باحالة اليد الى الغير اقرار بان المدعى عليه ليس بخصم له ص وان قال ذو اليد ورثتها
واقام الشفيع ان زيدا مدعي البيع منك هو الوارث يقضي بالشفعة دافعا عهدتها الدافع
الى مدعي البيع لكن خلطة الملك سبب يثبت ببينة الشفيع كالخلطة بسبب ولي القتيل
والسع بالتصديق اذ القول في جهة الزوال كاصله للمالك س اي ولو لم يقل ذو اليد
هي في يدي وديعة لكنه قال الدار داري ورثتها من ابي فاقام الشفيع بينة ان زيدا
مدعي البيع منك هو الذي ورث الدار نقبل بينته ونقضي له بالشفعة قوله
دافعا منصوب على انه حال من الفاعل وهو الدافع والعامل فيها يقضي وعهدتها
منصوب على انه مفعول لدافعا والتقدير يقضي له بالشفعة حال كون دفع ذي اليد
الدار الى مدعي البيع وهو زيد دافعا عهدة الشفعة اليه وحاصله ان الشفيع اذا
قضي له بالشفعة تخير ذو اليد بين ان يدفع الدار الى الشفيع ويكون عهدتها عليه
وبين ان يدفعها الى زيد فياخذها الشفيع من زيد ويكون عهدتها عليه ويرجع
المشتري عليه بالثمن فان قيل كيف يعمل بتصديق المشتري البايع في البيع بعد ان جحد
الا ترى ان المقر له اذا جحد اقرار المقر لا يعمل بتصديقه بعد ذلك قلنا بجحود احد
المتبايعين لا ينفسخ البيع لانه لا يرتد بالرد فكان له ان يعود الى تصديقه بخلاف

جحود الاقرار لان الاقرار مما يرتد بالرد فافترقا قوله لكن خلطة الملك سبب الى اخره
اشارة الى جواب سوالين مقدرين وتقرير الاول ان يقال البينة قامت على ملك الغير
وهو مدعي البيع فوجب ان لا تقبل وتقرير الثاني ان يقال البينة لم تتعرض الى ذكر
البيع فوجب ان لا تثبت الشفعة لفقد شرطها وتقرير الجواب اما عن الاول فهو
ان يقال خلطة الملك لمدعي البيع في الدعوى والشهادة سبب ثبوت حق الشفيع
في الشفعة والمرء كما ينتصب خصما في اثبات عين حقه فكذا في سبب حقه الا ترى ان الدار
اذا وجد فيها قتيل وانكر ذو اليد انها ملكه كان لولي القتيل ان يثبت انها خطته
وملكه لكون الملك سببا لثبوت حقه في الدية على العاقلة واما الجواب عن الثاني
فهو ان يقال انما اثبت استحقاق الشفعة وان لم يذكر البيع في الشهادة لان الملك اذا ثبت
لمدعي البيع بالبينة صار كالامر الظاهر وثبت البيع بتصديق البايع لما عرف من ان القول
في جهة زوال الملك للمالك كما ان القول في اصل زوال الملك للمالك وبالزوال يثبت
حق الشفيع كما قدمناه ص وان قال لاجنبي اشتريتها منك باتا او بشرط خيار وقال هو
بل وهبتك ثبت حق الرجوع والشفعة وفي زعم المتلقي منه والمالك وسقوط الخيار
بالجحد وللشفعة فضل تاكيد لتفصل ضرر الدخيل حتى لم يبطلها النقل ضد الرجوع
فيرد عليه بلا عكس عدد المشتري فاسدا يقر بالبيع لغاصب س رجل في يده دار
قال لاجنبي هذه الدار اشتريتها منك شرا باتا بالف او قال اشتريتها بشرط الخيار لك
فقال الاجنبي لم ابعها بل وهبتها منك ليس له حق الرجوع فيها وثبت للشفيع حق الشفعة
اما الاول فلان الاجنبي وذا اليد تصادقا على التلقي من الاجنبي ولو انكر الاجنبي الملك اصلا
كان القول قوله فكذا اذا انكر سبب الملك الذي ادعى عليه به وقد زعم انه ملكه الدار
بجهة الهبة فتثبت الهبة دون البيع وفي زعم المتلقى منه واذا صار واهبا كان له حق الرجوع
فان قيل الواهب قد اقر بخروج الدار من ملكه وادعى لنفسه حق الرجوع فوجب ان لا تقبل
قوله كما لو ادعى انه باع بشرط الخيار والمشتري ينكر الخيار وهناك يكون القول
للمشتري فكذا هنا قلنا هناك اتفقا على البيع واختلفا في زيادة شرط فيه والمشتري
ينكر الزيادة فكان القول له اما هنا فالواهب انكر البيع اصلا فكان القول قوله انه لم يبع
واما الثاني فلانهما اتفقا على ان ذا اليد مالك وان اختلفا في سبب ملكه فاذا ادعى
ذو اليد انه ملك بجهة الشرا فقد زعم ان حق الشفعة ثبت للشفيع فتثبت الشفعة
وفي زعم المالك قوله وسقوط الخيار بالجحد اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره

ان يقال ثبوت الشفعه في صوره دعوى الشرا البات ظاهر واما في صوره دعوى الشرا
بالخيار فوجب ان لا تثبت الشفعه لاتفاقهما على عدم السبب لان الاجنبي يدعي الهبه
ولا شفعه فيها وذو اليد يدعي خيار البايع ولا شفعه في البيع بخيار البايع وتقرير الجواب
ان يقال لما ادعى الاجنبي الهبه فقد اقر بثبوت الملك لذي اليد وبنفوذ تصرفاته في الدار
وذلك منه جحد لشرط الخيار ضروره فبقي اقرار ذي اليد بالشرا متوسلا عن شرط الخيار
فتثبت به الشفعه لاقراره بالشرا عند سقوط الخيار بجحد البايع قوله وللشفعه فضل
تاكيد الى اخره اشاره الى حكم الواهب في الرجوع وحكم الشفيع في الاخذ بالشفعه اذا غاب
احدهما وحضر الاخر وبيانه ان الشفيع اذا غاب والواهب حاضر وقضي له بالرجوع
لتحقق حقه وتوهم ثبوت حق الشفيع ثم حضر الشفيع وطلب الشفعه كان له ان ياخذ
الدار من الواهب الا ترى ان المشتري شرا فاسدا اذا اقر بالبيع من غيره وكذبه البايع
واسترد البيع للفساد ولتحقق حقه ثم حضر المقر له بالبيع فان المبيع يوخذ من يد البايع
فاسدا ويدفع الى المقر له كذا هذا قوله بلا عكس اشاره الى ان الغايب لو كان هو
الواهب دون الشفيع واخذ الدار بالشفعه ثم حضر الواهب لا يوخذ الدار من الشفيع
لان الشفيع والواهب وان اشتركا في ثبوت حق الاخذ الا ان لحق الشفعه فضل تاكيد
على حق الرجوع لما فيها من دفع ضرر الدخيل ولهذا لم يبطلها انتقال الملك من المشتري
الى غيره الا ترى ان للشفيع نقض جميع تصرفات المشتري في الدار واخذها بخلاف
الرجوع فانه يبطل بانتقال الملك من الموهوب له الى غيره فافترقا ص وان قال
للشفيع اشتريتها لك بامرك لم يبطل شفعته كما في العاد والتصديق حصل المطلوب
لا اخر الطلب عكس السوم ولا يلزم كانت لي او لك ولم يكن للبايع للتصادق على الفساد
لكن زعمهما لا يعدوهما فياخذها شفيع اخر ش رجل اشترى دارا ثم قال لشفيعها
اشتريتها لك بامرك فقال نعم فيصدقه لا يبطل شفعته كما لو كان الامر بالشرا
معاينا لما ذكرنا فيما تقدم من ان الشرا والامرية لا ينافي حق الشفعه بل يقررها
قوله والتصديق حصل المطلوب الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر
وتقريره ان يقال وجب ان تبطل الشفعه لوجهين احدهما ان الملك وقع للمشتري
من حيث الظاهر فتصادقهما على الامر كشرا جديد ثابت بينهما والشفيع متى ساوم
المشتري البيع في الدار بطلت شفعته فضلا عن شرايه اياها منه والوجه الثاني ان الشفيع
لما اشتغل بدعوى الامر صار موخرا لطلب الشفعه لاعراضه فتبطل شفعته وتقرير

الجواب ان يقال تصديق الشفيع لا يصلح مبطلا للشفعه لان المطلوب من طلب الشفعه
انما هو تملك الدار بهاي باي الحال اما بالقضا واما بالرضا وتصديقه محصل لمطلوبه
في الحال لا موخر للطلب اذ التملك في الحال طلب وزياده لان الطلب المجرد لا يفيد
الملك بنفسه ما لم ينضم اليه الاخذ وهذا بخلاف السوم لانه يتاخر به طلب الشفعه وليس
هو محصلا للمطلوب فافترقا ولا يلزم على ما ذكرنا من عدم بطلان الشفعه في مسيلتنا بطلانها
فيما اذا كان المشتري قال للشفيع هذه الدار كانت لي ولم يكن للبايع او قال كانت لك ولم يكن
للبايع وصدقه الشفيع في ذلك لانهما تصادقا على كون البايع لم يكن مالكا لما باعه فكان فاسدا
ولا شفعه في البيع الفاسد لما فيه من تقرير الفساد كما قدمنا فتبطل الشفعه ضروره ولا تصادق
على الفساد في المسله الاولى لان المشتري ان كان صادقا كان الشرا جايزا موجبا للشفعه وان كان
كاذبا فقد اقر على نفسه باستحقاق اخذ الشفيع الدار منه قوله لكن زعمهما الى اخره
اشاره الى ان تصادقهما على فساد البيع وعدم ثبوت حق الشفعه لا يعدوهما الى غيرهما
بل تقتصر عليهما لولايتهما على انفسهما دون غيرهما يعني لو كان للدار شفيع اخر كان له
ان ياخذها بالشفعه لبطلان حق الاول باقراره بالفساد والله اعلم ص باب بيع
الشفيع بعض داره هو مشاعا بعد الطلب لا يبطل الشفعه اذ الباقي يكفي سببا بدليل
الابتدا او مفرزا فاصلا بين المشفوعه والباقي يبطلها بالجوار لا بالطريق عكس قسمه خصت
احدهما بالطريق حذار الاهمال او ترك المنافي لا العارض ولا يلزم قوله اسقطت الشفعه
بالطريق لانه ضد السبب لا يتعدد والعله نفس الاتصال ويرجح بالقوه لا الكثره كما في الجرح
والقذف حتى ان شقص البيت ياخذه شريك البيت ولو في جدار ثم شريك الدار ثم اهل
الدرب ثم الجار يستوي صاحب الكثير والقليل ولصيق الجانب والجوانب ش رجل
اشترى دارا ولها جار طلب شفعتها ثم باع الجار بعض ما يشفع به فلا يخلو اما ان يكون
ذلك البعض مشاعا او مفرزا فان كان مشاعا لا تبطل شفعته لان قيام الجوار الملاصق
في بعض الدار ولو قل كاف لوجوب الشفعه في كل الدار المشفوعه بدليل ما لو كان
كذلك في الابتدا وان كان البعض المبيع مفرزا بالقسمه فاصلا بين الدار المشفوعه وبين البعض
الباقي من الدار الشافعه بطلت شفعته بالجوار لا بالطريق وهذا عكس الحكم في قسمه
خصت احد الشفيعين بالطريق حيث تبطل الشفعه فيها بالطريق لا بالجوار وصورته
داران طريقهما واحده غير نافذه احديهما بين زيد وعمرو والاخرى لبكر فباع بكر
داره واستحق الاخران شفعتها بالشركه في الطريق فلم ياخذاها حتى اقتسما فوقع سهم زيد

مع الطريق المشترك وسهم عمرو بلا طريق نفتح لنصيبه طريقا الى الشارع الاعظم
وهما جميعا جاران للدار المشفوعه بطلت شفعة عمرو بالطريق لاختصاص زيد بها
ولا تبطل شفعته بالجوار حتى لو سلم زيد الشفعه بالطريق كان لعمرو ان ياخذها بالجوار
كما في الشريك مع الجار في الابتدا اما بقا الشفعه باحد السببين في الصورتين فللاحتراز
عن اهمال علة السبب مع وجوده واما بطلانها بالسبب الاخر في الصورتين فللاحتراز
عن ترك القياس المنافي لثبوت حق الشفعه لا لمعارض اذ المعارض صور الدخيل
وذلك اما بالجوار ولم يبق في الصوره الاولى او بالشركه في الطريق ولم يبق في الصورة
الثانيه وقيام السبب عند القضا بالشفعه شرط استحقاق الشفيع لانه انما يصير علة للاستحقاق
حينيذ قوله لا يلزم قوله اسقطت الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال اذا وجب لانسان شفعه بالجوار والشركه في الطريق فقال اسقطت الشفعه
في الطريق بطلت الشفعه ايضا بالجوار وعلى ما ذكرتم من التقرير يجب ان لا يبطل الشفعه
بالجوار وتقرير الجواب ان يقال اسقاط حق الشفعه واحد لا تعدد فيه بخلاف سببها
وقد اسقطه فيسقط في نفسه اما في سبيلنا لم يسقط حق الشفعه واما ابطل بالقسمه
احد السببين فيبقى السبب الاخر قوله فالعله نفس الاتصال الى اخره تنبيه
على اصل العلة في استحقاق الشفيع وما يترجح به بعض الشفعا على البعض وبيانه
ان نقول العلة في الاستحقاق مطلق اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعه ويترجح
الاتصال بقوته لا بكثرته كما لو جرح رجلا رجل واحد اخر نصفين كانت النفس على القاد
دون الجارح لقوة فعله ولو جرحه احدهما جراحة واحده وجرحه الاخر جراحات
متعدده فمات من الكل كانت النفس عليهما لعدم اعتبار الترجيح بالكثره اذ الترجيح
لا يجوز بما يصلح علة بانفراده بل بالوصف وكل جرحه تصلح علة بنفسها فلم يكن وصفا
وقد عرف ذلك في اصول الفقه واذا ثبت ذلك فنقول اذا بيع شقص بيت من دار
في درب غير نافذ فالاخذ بالشفعه لشريك ذلك البيت سوا كانت شركته في كل البيت
ام في جدار واحد منه لقوة اتصاله على اتصال شريك الدار فان سلم اخذه شريك الدار
لقوة اتصاله فان سلم اخذه شريك الدرب لقوة اتصاله فان سلم اخذه الجار يستوي
في كل طبقه من الشفعا صاحب القليل وصاحب الكثير عندنا حتى يكون الشفيع
عشرا ولعشر من الدار كالشفيع ما به عشرها في الاستحقاق من غير تفضيل في الدار المشفوعه
بينهما نصفين ويكون الجار الملاصق بجانب واحد كالجار الملاصق بثلث جوانب

لما قلنا من ان الكثره لا تصلح مرجحة لانفراد كل فرد بالعلة فلم يكن وصفا والله اعلم
ص باب الشفعه في المضاربه والميراث وغيره ش اعلم ان هذا الباب
يشتمل على مسائل ليس من ابواب الشفعه في ترتيب الجامع لاحدهما من الابواب المتفرقه
المذكوره على كتاب البيوع والاخر الباب الثالث عشر من ابواب كتاب الشفعه ص
للدائن والمولى والوارث والموصى له شفعه ما باع القاضي والوصي في دين العبد والميت
لا ما باع لحظ الصغير لان الدين يمنع اليد مطلقا وان لم يمنع الملك ما لم يحط في الاحسن
والشفعه تشرع لتحصيل اليد كالشرا ولا تشرع لمن باع او بيع له للتضاد بين ايجاب
الملك والتسليم لنفسه والغير وقد مر والبيع عن دين يقع للمديون ودونه للورثه
اسند لا لاجل التوكيل والحقوق وقرار العهده ولا لحصر الكلمه قدر الدين وقسط الصغير
كما لابي الوصي حذرا عن ضرر التشقيص ش اذا باع القاضي دار العبد المديون
في دينه بطلب غرمايه فللغريم الدائن والمولى شفعتها وكذا لو باع القاضي او الوصي
دار الميت في دينه فللوارث والموصى له شفعتها بخلاف ما اذا باعا دار الصغير لحظه
ومصلحته حيث لا تجب له الشفعه فيها وان كبر فطلب ولا للورثه الكبار ولا للموصى له
اما ثبوت الشفعه في الصور الاربع فلان الدين يمنع ثبوت يد المولى على ما في يد عبده
المديون وثبوت يد الوارث والموصى له في التركه سوا كان الدين محيطا برقبة العبد
وتركة الميت ام لم تكن وان لم يمنع الملك في الصورتين ما لم يحط في الاستحسان على ما عرف
واذا كان كذلك فنقول في كل موضع لا يكون الدار المشفوعه مملوكه للشفيع كان
الاخذ لتحصيل الملك وكل موضع تكون مملوكه الرقبه للشفيع دون اليد كان الاخذ
لتحصيل اليد والشفعه تشرع لتحصيل ملك اليد كما يشرع الشرا لتحصيل ملك اليد
الا ترى انه يصح شرا المولى من عبده المديون لتحصيل اليد فكذا هذا فان قيل المولى
ياخذ بالشفعه اذا كان الدين محيطا ولا ياخذ اذا لم يكن دين فوجب ان يتعدد اخذ المولى
الشفعه بقدر الدين خاصه اعتبارا للبعض بالكل قلنا انما امتنع الاخذ بقدر الدين لما فيه
من تفريق ملك المشتري والشفعه شرعت لدفع الضرر لا للاضرار بالغير وقد ذكرنا ه
قبل هذا قوله ولا تشرع اي الشفعه لمن باع الدار المشفوعه باصالة او وكالة ولا لمن
بيع له لما فيه من التضاد لانه يودي الى ان البايع بالبيع يوجب الملك والتسليم لغيره وهو
المشتري ومع الاخذ بالشفعه يوجبها لنفسه بخلاف المشتري وقد مر الكلام على هذا
فيما قدمناه من ابواب الشفعه قوله والبيع عن دين اشاره الى جواب سوال مقدر

وتقريره ان يقال وجب ان لا تثبت الشفعة للغريم الدائن لان البيع وقع له بدليل رجوع
المشتري عليه بالثمن اذا استحق المبيع بعد هلاك الثمن في يد القاضي او امينه وتقرير
الجواب ان يقال البيع اذا كان لاجل الدين كان واقعا للمديون عينا كان او دينا واذا كان
البيع لغير الدين كان واقعا للورثة استدلالا بما ذكر من المسائل الثلث وهي توى الثمن
وحقوق العقد وقرار العهدة فانها في الوجه الاول تلزم المديون وفي الوجه الثاني
تلزم الورثة وانما رجع المشتري بالثمن على الغريم لان القاضي او امينه اذا لحقته عهدة
لا يضمن للمعروف ويكون الضمان على من وقع عملها له والقاضي او امينه انما باع الدار ليصرف
ثمنها في دين الغريم فكان عاملا له فلهذا رجع عليه المشتري عند الاستحقاق لا لان البيع
وقع له وهذا لان الدار ليست ملكا للغريم وكذا ثمنها حتى لم يصح ابراؤه المشتري عنه
وفي قول المصنف رحمه الله دون الورثة اشارة الى علة عدم استحقاق الشفعة في الصورة
الخامسة لان بيع دار الصغير انما كان نظرا له لانه يبيع في الدين فكان البيع واقعا له ولهذا
الورثة ولا يستحقون شفعتها وكذا الموصى له لانه شريك الورثة وكذا المولى لانه مع العبد
في كسبه كالوارث مع المورث الا ان هناك الورثة قاموا مقامه بحكم القرابة وهنا المولى
خلفه بحكم الملك ثم الوارث لا يستحق اخذ شيء من التركة ما لم يفرغ عن حاجة الميت فكذا المولى
قوله ولا يختص الملكية بقدر الدين الى اخره اشارة الى ان يمكن القاضي والوصي من
البيع لا يتقدر بقدر الدين ولا بقدر قسط الصغير بل لكل واحد منهما ان يبيع كل الدار في الدين
وان كانت الدار كل المال وقيمتها اكثر من الدين في مسئلة المديون او كانت مشتركة بين
الصغير وبين ورثة كبار حضور وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو استحسان وكذا
عندهما ان باعها القاضي لعموم ولايته ويبعد حكم منه وقد صادف فصلا مجتهدا فيه
فينفذ واما الوصي فلا يبيع الا بقدر الدين وبقدر قسط الصغير لانه قام مقام الميت
في المشغول بالدين خاصة فلا يكون له ولاية على غيره ولا على الورثة الكبار في بيع
العقار سواء كانوا حضورا ام غيبا بخلاف العروض اذا كانوا غيبا لان بيعها حينئذ
من الحفظ وهو مأمور بحفظ التركة حقا للميت ولهذا لو ظهر دين عليه قضي منها بعض صح
ولابي حنيفة رحمه الله ان القول ببيع الدار يؤدي الى التشقيص وذلك عيب في الاعيان
الا يرى ان ثمن البعض عند الانفراد اقل من ثمنه عند الضم فكان له بيع كل الدار نظرا
للمديون في الصورة الاولى وللورثة الكبار في الاخرى ص ولرب المال والمضارب
شفعة المشترى للمضاربة لتحصيل اليد او الملك وتحول المضاربة الى الثمن اذ الدين ينافيه

ضد الغرم لا ينافي البقاء ودار المضاربة تزاحمها دون الغير لانها كمال الغير في حقها ومال لهما
في حق الغير اذ لا يقدر المضارب بفاحش الغبن ولا رب المال بيسيره ويحرم الوطي لا شرا
ها باع ما ل فيكون الثلث للغير وفا بعدد الرؤس والباقي بينهما والمضاربة اثلاثا لما مر
ص مضارب اشترى دارا للمضاربة وكل واحد من المضارب ورب المال شفيعها
بدار لاخرى ورثها من ابيه فلهما الشفعة في الدار المشتراة اما رب المال فلانه وان كان
مالكا لرقبتها الا انه ليس له فيها يد فكان له حق الاخذ بالشفعة لتحصيل اليد واما
المضارب فلانه وان كان مالكا لها يدا لكن لا ملك له في رقبتها فكان له حق الاخذ بالشفعة
لتحصيل ملك الرقبة واذا اخذت الدار بالشفعة تحولت المضاربة الى ثمنها قوله
اذ الدين ينافيه ضد الغرم لا ينافي البقاء اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره ان يقال
وجب ان تبطل المضاربة فيما اذا اخذها رب المال بالشفعة حتى ثبت الثمن في ذمته
لان شرط صحتها كون راس المال عينا لا دينا ولهذا لو امر الرجل مديونه ان يعمل
بالف الدين مضاربة لم يجز لان سبيل المضاربة ان يكون راس المال امانة في يد المضارب
ولا يتصور ان يصير امينا فيما عليه من الدين لانه قبل القبض مضمون عليه ولا يصلح وكيلا
بالقبض من نفسه ليجعل امانة بعد القبض وتقرير الجواب ان يقال ان العينية
شرط صحة المضاربة في الابتداء اما في حالة البقاء فلا اذ لا فرق في حالة البقاء بين كون
دين المضاربة في ذمة الاجنبي او ذمة رب المال بخلاف الغرم فيما اذا اشترى المضارب
عبدا بالف ثم باعه بالفين واشترى بهما عبدا فهلكتا قبل النقد وغرم نظير حصته من
الربح وهو خمسمائة وقبض العبد حيث يخرج ربع العبد من المضاربة لبطلان حكمها فيه
لانه لما وجب عليه غرم خمسمائة خرج ذلك القدر من المضاربة لصيرورته مضمونا عليه
حيث كان فيه مشتريا لنفسه فكذا بدله وهو ربع العبد ومن شرط بقاء المضاربة
كون المال امانة في يد المضارب ابتداء وبقاء ولهذا لو هلك راس المال في يده رجع به
على المالك مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل قوله ودار المضاربة تزاحمها الى اخره
اشارة الى انه لو كان بجوار هذه الدار المشفوعة دار للمضاربة كانت مزاحمة لهما
في الشفعة حتى تقسم الدار المشفوعة بينها وبينهما اثلاثا ولو كان للدار المشفوعة
شفيع اخر اجنبي لا يكون لدار المضاربة مزاحمة بالنسبة اليه وهذا لان مال المضاربة
كمال رجل اخر في حق المضارب ورب المال ولهذا لا يجوز بيع المضارب بغبن فاحش
ولا بيع رب المال بغبن يسير فضلا عن الفاحش ويحرم على كل واحد منهما وطي جارية المضاربة

ويجوز للمضارب شراء ما باع رب المال بأقل قبل نقد الثمن ولو لم يكن مال المضاربة في حقهما كمال الغير لكانت الأحكام المذكورة على العكس وأما في حق غيرهما ففي منزلة مالهما ولا يكون التشفيع رابع أربعة حينئذ حتى يكون له ربع الدار المشفوعة بل يكون ثالث ثلاثة فيكون له الثلث لما ذكرنا أن الشفعة تقسم على عدد الرؤوس والمزاحم للأجنبي من حيث الحقيقة رأسان ومن حيث الحكم ثلاثة أرؤس ولا يمكن اعتبار الحكم والحقيقة معاً للتنافي فعملنا بالحقيقة في حق الأجنبي وجعلنا المزاحم له اثنين وبالحكم فيما بين المضارب ورب المال وجعلنا الرؤوس ثلاثة عملاً بهما بقدر الإمكان والعمل هكذا أولى من العكس إذ لو عمل بشبه الحكم في حق الأجنبي ولم يوجد منه عقد المضاربة الذي بسببه تعدد الرؤوس لوجب العمل بشبه الحكم فيما بين رب المال والمضارب بالطريق الأولى لوجود العقد بينهما فتعذر العمل بالحقيقة أصلاً وإذا كان كذلك فيكون ثلث الدار المشفوعة للأجنبي دفعاً لما تقتضيه الحقيقة من عدد الرؤوس ويكون الباقي وهو الثلثان بين المضارب ورب المال ودار المضاربة أثلاثاً وتخرج من تسعة ثلاثة للأجنبي وستة بينهما وبين المضاربة لكل واحد سهمان لما مر من أن دار المضاربة تزاحمهما في استحقاق الشفعة ص ويختص رب المال بشفعة ما اشترى الأجنبي إن لم تبق مالاً أو لم تفد ربحاً لتعذر الاستدانة وفقد الخلطة كذا شفعة ما باع المضارب من غيرها لاقتصار العمل عاكساً بشرط اتحاد محل الربح ورأس المال وينفي شفعة ما باع منها مطلقاً لأنه وإن نفع لرب المال وإن لغا فهو شبه العدل والراهن ش اعلم أن الأجنبي إذا اشترى داراً بجوار دار المضاربة فأراد المضارب أو رب المال أن يأخذها بالشفعة فلا يخلو إما أن يكون في دار المضاربة ربح أو لم يكن وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون في المضاربة مال آخر سوى الدار أو لم يكن فهذه أربع صور في صورة منها يختص رب المال بأخذ الدار المشفوعة وهي ما إذا لم يكن في الدار ربح ولا مال في المضاربة غيرها وهو المشار إليه بقول المصنف رحمه الله إن لم تبق مالاً أو لم تفد ربحاً وهذا لأن ما في يد المضارب ملك رب المال حقيقة لا ملك للمضارب فيه فيكون به جاراً للدار المشفوعة فيأخذها لنفسه وليس للمضارب أن يأخذها للمضاربة لأنه لا مال في المضاربة والاستدانة على المضاربة متعذرة لأن المضارب لا يملكها ولا خلطة له في الملك مع رب المال ليأخذها لنفسه إذ لا ربح في دار المضاربة وبمجرد يده لا يستحق بها الشفعة وأما في الصور الثلاث فلا اختصاص لرب المال بأخذ الدار المشفوعة

فإنه إذا كان في الدار ربح ولا مال سواها كان لهما أن يأخذا الدار المشفوعة بالشفعة وإلا لا يكون لرب شفعة كما سنبين إن شاء الله تعالى وبيانه أن نقول إذا كان في دار المضاربة ربح وللمضاربة مال آخر يبلغ ثمن الدار المشفوعة فلا يأخذها أصلاً وإن سلم المضارب شفعتها لأن الأخذ بالشفعة بسبب دار المضاربة يختص به المضارب فيأخذها للمضاربة مراعاة للعقد ولا يأخذها لنفسه لما فيه من إبطال أحدهما وقيل فيما إذا سلم المضارب شفعتها يكون لرب المال أن يأخذها عند محمد رحمه الله خلافاً لهما لعدم صحة تسليمه كما في تسليم الأب والوصي شفعة الصغير والأصح أنه يصح تسليمه عندهم لأن تسليم الشفعة من صنع التجار والمضارب بائس فيه مطلقاً هذا كله عند وجود الربح ومال آخر للمضاربة وأما عند وجود الربح دون المال فليس للمضارب أن يأخذها للمضاربة لما تقدم من تعذر الاستدانة على المضاربة بل يكون له ولرب المال أن يأخذاها لأنفسهما نصفين لكون كل واحد منهما جاراً للدار المشفوعة بحصته من دار المضاربة والقسمة باعتبار الرؤوس وإن سلم أحدهما شفعته كان للآخر أخذ الكل لتمام السبب في حق كل واحد منهما والمناصفة عند الاجتماع للمزاحمة وأما عند وجود المال دون الربح فللمضارب أن يأخذها للمضاربة مراعاة للعقد كما ذكرنا وليس لأحدهما أن يأخذها لنفسه لما فيه من إبطال حق الآخر قوله كذا شفعة ما باع بالجر عطفاً على ما تقدم إلى آخره إشارة إلى أن رب المال يختص أيضاً بشفعة ما باعه المضارب من غير مال المضاربة لأن رب المال باعتبار دار المضاربة جار للدار المشفوعة وبيع المضارب مال نفسه يقتصر عليه ولا يتعدى إلى رب المال لأنه عامل لنفسه دونه فكان كأجنبي آخر والأخذ بالشفعة كالشراء ولو اشتراها رب المال كانت له خاصة دون المضاربة فكذا إذا أخذها بالشفعة قوله عاكساً منصوب على أنه حال من اقتصار العمل والتقدير كذا يختص رب المال بشفعة ما باع المضارب من غير المضاربة لاقتصار عمله في ماله على نفسه حال كون اقتصار العمل عاكساً لصورة الخصوص حتى يختص المضارب بشفعة ما باع رب المال من خاصة ملكه قوله بشرط اتحاد محل الربح ورأس المال إشارة إلى أن المضارب إنما يختص بشفعة ما باعه رب المال من خاصة ملكه إذا كان في المضاربة ربح يصير باعتبار حصته منها جاراً للدار المشفوعة والربح إنما يتحقق إذا كان محله ومحل رأس المال متحداً كالدار الواحدة بخلاف الدارين وبيانه فيما إذا اشترى بألف المضاربة دارين تساوي كل واحدة منهما

الفاسعب دار بجوار لاحدهما لا يكون للمضارب فيها شفعه بل لرب المال اذ كل واحده
منهما مشغوله براس المال لان الدور لا تقسم قسمه واحده لما فيها من التفاوت
في المنفعه فتعتبر كل واحده منهما على الانفراد الا ترى انه لو كان مكان الدارين
عبدان فاعتق المضارب احدهما لم ينفذ اعتاقه لعدم ظهور محل حقه من الربح
قوله وينفى شفعه ما باع منها مطلقا الى اخره معطوف على قوله بشفعه ما باع
المضارب المقدم ويختص رب المال بشفعه ما باع المضارب الى اخره وينفى ما باع
المضارب من المضاربه مطلقا اي سوا كان فيها ربح ام لم يكن لكون البيع واقعا لرب المال
لان المضارب وكيله ولهذا لو لحقته في ذلك عهده رجع على رب المال ولا شفعه لمن
وقع البيع له لما ذكرنا قوله وان لغا نهيه الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر
وتقريره ان يقال لو كان وكيلا لرب المال لملك نهيه وعزله عن التصرف وليس
كذلك وتقرير الجواب ان يقال انما لم يملك رب المال نهيه عن التصرف لتعلق حقه
به كما لا يملك الراهن نهي العدل في الرهن عن بيع المرهون مع ان العدل وكيله في البيع
والله اعلم ص باب الشفعه في الصلح ياخذ الشفيع الدار التي صولح عليها عن
عيب المبيع قبل قبضه بقسطها وبعده بقسط العيب من الثمن استحسانا لانها تقابل
القسط لا الحق المجرد وفا بعدل التوزيع والا ما وجبت كما في الخيارات ولا ردت
بالرويه والعيب اليسير كما في المهور ولهذا اجاز الامهار والشرا بقسط العيب
وجاز الصلح على الدين المجانس للثمن مطلقا لانه بعضه وعلى غير المجانس بشرط
القبض حذار الكالي بالكالي لكن فيه ضرر التفريق فلم يلزم قبل الرضا مع تمكنه الفسخ
ولا يلزم الاجرة والمهر وبدل الدم والخلع اذ لا يعد وتقوم المقابل عن الاتلاف ولا ترك
المنافي الى غير سبب الدخيل بدليل الارث والهبه الا ان يرد الدار بعيب بقضا
او بخيار رويه او شرط لان الشفعه تبنى على زعم ذي اليد حتى وجبت في التي صولح
عليها عن انكار دون التي صولح عنها والمنكر يزعم افتدا اليمين لا المعاوضه والمقر على
خلافه بعكسها ما دام الصلح صورة منع الوصف وقد انفسخ بخلاف ما لو تقايلا
الصلح او رد الدار بعيب بغير قضا لانه بيع في حق الشفيع لكن يعود حق المشتري
في عيب المبيع ان اخذت من البايع لانه فسخ في حق العاقدين لا ان اخذت منه لعود
الحاجز والصلح بفوت القبض ويراجع الشفيع على القسط مطلقا للغرم اليقين والمشتري
بشرط البيان لشبهه الخلف في التوزيع والتخمين عرف اهدارها في الواجب دون

87

العشر وثبت الشفعة لا المرابحه في شرا الدار بعبد وشراهما بالف ش رجل
اشترى عبدا بالف وطعن فيه بعيب فصالحه البايع على دار جاز ثم ان كان ذلك قبل
قبض المبيع اخذها الشفيع بقسطها من الثمن فيجعل كانه اشتراها مع العبد بالالف
لان العيب قبل القبض لا قسط له من الثمن لانه وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن
ما لم يصر مقصودا بالقبض او الاتلاف فيقسم الثمن المسمى في العقد عليهما على قدر قيمتيهما
حتى لو كانت قيمه العبد الفين وقيمه الدار مايه اخذها الشفيع بنصف عشر الثمن وذلك
خمسون وان كان الصلح بعد قبض المبيع اخذها الشفيع بقسط العيب لان العيب
بعد القبض له حصه من الثمن لوروده ما له شبه بالعقد وهو القبض عليه حتى
لو كانت قيمه المبيع الفا وقسط العيب مايه اخذها الشفيع بعشر قيمه المبيع وهو مايه
وهذا استحسان والقياس ان لا يثبت حق الشفعه لانه صلح وقع عن الحق المجرد
وهو حق فسخ البيع فلا يكون له حكم البيع فلا يثبت الشفعه في بدله وهكذا ذكر الكرخي
رحمه الله في مختصره سوا كان الصلح عن اقرار او انكار وهو روايه محمد بن سماعه رحمه الله
عن محمد رحمه الله ووجه الاستحسان ان الدار المصالح عليها تقابل قسط العيب لا الحق المجرد
اما الاول فلانه لما كان العدل في توزيع اجزا الثمن على اجزا المبيع كان حق المشتري
في استرداد ما يقابل الجز الفايت بالعيب وهو قسطه من الثمن عند التعذر وفا
بما تقتضيه عدل التوزيع اعتبارا للبعض بالكل وذلك مال حقيقه فكانت الدار مملوكه
للمشتري بازا المال فيثبت فيها الشفعه واما الثاني فلوجهين احدهما ان الدار لو كانت
مقابله بالحق المجرد لما وجبت بعقد الصلح لعدم صحته حينيذ اذ الصلح عن الحق المجرد
لا يجوز ولا يجب فيه البدل كما في الصلح عن خيار الرويه والشرط والعتق والبلوغ فلما
جاز الصلح في مسيلتنا بالاتفاق علمنا انه ليس مقابلا بالحق المجرد بل بالمال والوجه الثاني
ان الدار لو كانت مقابله بالحق المجرد لما جاز ردها بخيار الرويه ولا بالعيب اليسير
كما في المهور فانه ليس للمراه رد مهرها بخيار رويه ولا بعيب يسير نص عليه في المحيط
مع ان المهر فيه مقابل بالبضع وهو مما يتقوم حال الدخول في ملك الزوج فعند المقابله
بالحق المجرد اولى وفي مسيلتنا لما جاز رد بدل الصلح بخيار الرويه وبالعيب اليسير علم انه
مقابل بالمال لا بالحق المجرد واذا كان مقابلا بالمال كان الصلح بمعنى البيع فيجب في بدله
الشفعه قوله ولهذا اي لكون بدل الصلح مقابلا بقسط الجز الفايت بالعيب من الثمن
جاز امهاره فيما اذا اشترى عبدا من امراه فوجد به عيبا فصالحته المراه على ان يتزوجها

بقسط العيب حان وكذا يجوز الشرا بقسط العيب لانه مال على ما قررنا بخلاف ما اذا اشترى بالعيب نفسه لانه ليس بمال وكذا يجوز الصلح من العيب على الدين المجانس للثمن مطلقا حالا كان او موجلا لان المصالح عليه حينيذ بعض الثمن فكان اسقاطا لا معاوضة وكذا يجوز الصلح على دين غير مجانس للثمن بان كان الثمن دراهم والدين المصالح عليه دنانير او مكيلا او موزونا بغير عينه بشرط القبض لان المصالح عليه حينيذ يكون بدلا عن قسط العيب من الثمن فلو افترقا لا عن قبض كان ذلك بيع الدين بالدين ولا يجوز للنهي عن بيع الكالي بالكالي **قوله** لكن فيه ضرر التفريق الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لو كان للجزء الفائت بالعيب قسط من الثمن لكان للمشتري ان يمسك المبيع ويرجع به على البايع وان لم يرض وليس كذلك اذا كان يمكن فسخ البيع وتقرير الجواب ان يقال انما لم يجز لما فيه من ضرر تفريق الصفقة على البايع لان بعجز البايع عن تسليم الفايت ينفسخ البيع فيه فلو ثبت للمشتري حق الرجوع بقسط ذلك الجزء من الثمن مع امساك بقية الاجزا لتفرقت الصفقة على البايع لثبوت عقده في بعض الاجزا دون البعض بدون رضاه فيتضرر به مع امكان دفع الضرر عن المشتري بفسخه البيع فلهذا لا يلزم الرجوع بنقصان العيب قبل رضا البايع بخلاف ما اذا لم يكن فسخ العقد ممكنا لعذر شرعي بان كان المبيع ثوبا فصبغه احمر مثلا حيث كان له ان يرجع بقسط العيب وان لم يرض البايع لامتناع الفسخ حقا للشرع لا من جهته **قوله** ولا يلزم اي على ما ذكرنا من ثبوت الشفعة في الدار المصالح عليها من العيب ثبوت الشفعة في دار ملكت اجره او مهرا او بدلا عن دم عمدا وخلع اما في الصورتين الاولين فلان المنفعة التي تقابل الدار في الصورتين وهي منفعة المستاجره ومنفعة البضع تتقوم على اتلاف متلفها ضروره اسقاطها بعقد الاجاره والنكاح فلا يتعدى عن المتلف الى غيره وهو الشفيع فلا تكون متقومه في حق الغير ليقال بان الشفيع ياخذها بقيمتها كما ياخذها بقيمه العبد اذا جعل بدلا عن الدار المشفوعه واما في الصورتين الاخريين فلما عرف من ان القياس ينافي لثبوت حق الشفعه لكنه ترك العمل به شرعا حيث اثبت الشرع للشفيع حق الاخذ والتقدم على الدخيل وهو المشتري في الاخذ بمثل السبب الذي باشره الدخيل فلا يتعدى الى الاخذ بغير ذلك السبب الا يرى ان الشفعه لا تجب في الدار التي تملك بهبه او ارث لما ذكرنا من انه لو اخذ انما ياخذ بعوض فيكون مبادله مال بمال وهو غير السبب الذي ملكه به الدخيل

88

يقول المصنف رحمه الله اذ لا بعد وتقوم المقابل عن الاتلاف تعليل للصورتين الاولين وقوله ولا يترك المنافي الى غير سبب الدخيل تعليل للصورتين الاخريين **قوله** الا ان يرد الدار الى اخره استثنا من قوله في اول الباب ياخذ بالتقدير ياخذ الشفيع الدار التي صولح عليها عن عيب المبيع الا ان يردها المشتري على البايع بسبب هو فسخ كالرد بالعيب بقضا القاضي او بخيار رويه او شرط فلا ياخذها بالشفعه لان ثبوت حق الشفعه مبني على زعم الذي في يده الدار المشفوعه ولهذا وجبت الشفعه في الدار التي صولح عليها عن انكار لان المدعي ياخذها عوضا عن المال في زعمه فكانت معاوضه في حقه فيلزمه الشفعه باقراره وان كان المدعى عليه مكذبا له ولا يجب الشفعه في الدار التي صولح عنها بانكار او سكوت لان المدعى عليه يزعم انه يدفع المال افتدا لليمين وزعم المدعي لا يلزمه واذا كانت الشفعه مبنيه على زعم من في يده الدار المشفوعه فنقول في مسيلتنا اذا ردت الدار المصالح عليها الى يد البايع بسبب هو فسخ والصلح الذي جرى بينهما عن انكار فالمنكر وهو البايع يزعم ان صلحه على الدار كان لافتدا اليمين لا للمعاوضه فلا يكون مقرا بحق الشفعه والصلح عن سكوت يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه معاوضه بالشك وان كان الصلح عن اقرار فالمقر يعكس الدعوى لانه يزعم ان صلحه على الدار كان معاوضه لا افتدا لليمين ويشير المصنف رحمه الله بقوله ما دام الصلح اشاره الى ان زعم المقر انما يمكن جعله معاوضه ما دام الصلح باقيا ضروره صيروره البايع حينيذ مانعا للوصف هو مال حكما لما عرف من ان وصف سلامه المبيع انما يعطى له حكم المال اذا صار مقصودا بالاستيفا وبالصلح يصير مقصودا فيصير مالا حكما فكان منعه حال قيام الصلح منعا للمال فكان دفعه الدار بدلا عنه معاوضه ماليه فتثبت الشفعه ضمنا للصلح فاذا انفسخ وصار كان لم يكن عاد الامر الى ما كان عليه من كون الثمن كله مقابلا بالمبيع ولهذا كان للبايع ان يبيعه مرابحه على كل الثمن واذا انصرف كل الثمن الى المبيع صار كان الصلح لما وقع كان اعتياضا بالدار عما ليس بمال لان الوصف حينيذ ليس بمال حقيقه ولا حكما فلم يكن منه منع لما هو مال فيسن عاد كرنا من زعم المصالح في الانكار والسكوت ان الشفعه لم تثبت اصلا ومن زعم المصالح في الاقرار ان الشفعه كانت ثابته ضمنا للصلح وبطلت ببطلانه ويشير المصنف رحمه الله ايضا زعم المقر بكونه على خلاف فيه اشاره الى اختلاف المشايخ رحمهم الله في اطلاق محمد رحمه الله الجواب بعدم الشفعه في مسيلتنا من غير فصل بين كون الصلح عن اقرار او انكار فمنهم من قال مراده صلح الانكار واما في صلح الاقرار فلا تبطل الشفعه والبه مال الصدر

السهيد رحمه الله لانه معاوضة مطلقة كالبيع وفي البيع اذا وجبت الشفعة لا تبطل بانفساخ
البيع ومنهم من قال لا شفعة في الوجهين كما ذكرنا في شرح كلام المصنف رحمه الله واليه
مال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله هذا كله اذا كان رد المشتري الدار المصالح
عليها بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء القاضي بخلاف ما اذا كان الرد بالاقالة او بعيب
بعد القبض بغير قضاء لان الرد حينئذ بيع جديد في حق ثالث والشفيع ثالث فصار
في حقه كان المشتري باعها من البائع بقدر قسط العيب من الثمن فياخذها الشفيع
به لكن ان اخذها من البائع عاد حق المشتري في عيب المبيع لان الرد فسخ من العاقدين
فصار الصلح كان لم يكن وان اخذها من المشتري لا يعود حقه في عيب المبيع على البائع
لانه عاد اليه ما يجبر حقه وهو الثمن من الشفيع وعاد الصلح الذي ابرا البائع به عن عيب
المبيع بفوت القبض الواجب بالاقالة والرد بالعيب قوله ويرابح الشفيع على القسط
مطلقا الى اخره اشارة الى حكم بيع الشفيع الدار مرابحة اذا اخذها بالشفعة والى حكم بيع المشتري
الدار والعبد وبيانه ان الشفيع اذا دفع ثمن الدار المصالح عليها وهو قسط العيب من الثمن
وذلك مائة مثلا كان له ان يبيعها مرابحة مطلقا بلا اشتراط بيان لانه ملكها بما غرم وهو المائة
يقينا فلا يخاف على نفسه كذبا ولا خيانة بقوله قام علي بكذا واما المشتري فليس له
ان يبيع واحدا منهما وحده مرابحة الا ان يبين ان الثمن بازائهما معا وان ثمن كل واحد
انما تعين بناء على تقويم المقومين قيمته لكون الثمن انما ينقسم عليهما على قدر قيمتيهما
والقيمة انما تعرف بالحدس والتخمين وذلك مما يختلف باختلاف المقومين لتفاوت
الظنون وقد تكون القيمة المعينة موافقة للواقع وقد تكون مخالفة واذا تمكنت
شبهة الخلف في القيمة تمكنت في توزيع الثمن على العبد والدار فلو قال قام العبد
بكذا والدار بكذا ربما يكون كاذبا كالمشتري لو اشترى ثوبين بعشرة صفقة وقيمتهما
سواء ليس له ان يبيع احدهما مرابحة على خمسة الا بالبيان قوله تحرت اهدارها
في الواجب دون الغير اشارة الى الاصل الذي بني عليه الفرق بين الشفيع
والمشتري في اشتراط البيان في بيع المرابحة وعدمه وبيانه انه في كل موضع
يكون الحق فيه واجبا تكون الشبهة المذكورة هدرا لان اعتبارها حينئذ يؤدي
الى ابطال حق واجب ولهذا لا تعتبر هذه الشبهة في ضمان الغصب والاتلاف
لئلا يؤدي الى ابطال الحق الواجب للمغصوب منه والمتلف عليه بخلاف غير الواجب
حيث لا تكون تلك الشبهة فيه هدرا لان اعتبارها لا يؤدي الى ابطال حق واجب

للضرورة الى اهدارها واذا ثبت هذا فنقول في الشفعة حق الشفيع في الاخذ واجب فلا
يعتبر تلك الشبهة فيه مانعة كيلا يبطل حقه في الاخذ بالشفعة بقسط العيب واما في المرابحة
فليس على المشتري الاول حق واجب اذ له ان يبيعه وله ان لا يبيع فلا تهدر فيه الشبهة
لعدم الضرورة قوله وبه اي وبالحرف المذكور يثبت الشفعة دون المرابحة في شرا الدار
المشفوعة بعبد معين وفي شرائها مع عبد صفقة بالف اما المسئلة الاولى فلان اخذ الشفيع
بقيمة العبد حق واجب فلم يعتبر فيه شبهة التقويم مانعة والبيع مرابحة ليس بواجب
كما ذكرنا فيعتبر فيه الشبهة مانعة واما في المسئلة الثانية فلان اخذ الشفيع الدار بحصتها
من الثمن انما يعرف بعد قسمة الثمن عليها وعلى العبد باعتبار قيمتيهما وشبهة التقويم
في الاخذ بالشفعة غير مانعة بخلاف المرابحة ص وياخذ الدار التي صولح عن عيبها
على مال بما ورا قسطه لما مر الا ان يرد برؤية او شرط بكل الثمن اذ زالت ضرورة التوزيع
بالفسخ المطلق وبعد البيع لضرر الزيادة كما في محاباة مريض لضيق الثلث كذا الواهب
او رد بعيب بحكم لكن بشهود او نكول اذ الاقرار عليهما حجة دانا لا ما لحكم لا يلزم الشفيع
في عيب يحدث مثله الا بتصديق او نكول كما بين الوكيل والموكل وان رد بغير حكم
لم يرجع المشتري على الشفيع وان صدقه ولا على البائع وان تعدد العيب لتجدد البيع بعد
الا ان يرد الشفيع الدار بعضا لزوال المانع ش لما انهى الكلام على حكم الشفعة في الدار
المصالح عليها من عيب البيع شرع المصنف رحمه الله في الكلام على حكم الشفعة في الدار
المصالح عن عيبها بمال اخر وصورته رجل اشترى دارا وقبضها ثم وجد بها عيبا ينقصها
العشر مثلا فصالحه البائع من ذلك العيب على عبد وسلمه ثم حضر شفيع الدار فله ان ياخذها
بما ورا قسط العيب وهو تسعة اعشار الثمن لما مر من انه بعد الصلح صار كانه اشترى دارا
معيبة وعبدا بجملة الثمن ولو كان كذلك لاخذ الشفيع الدار بقسطها من الثمن فكذا هذا
قوله الا ان يرد برؤية الى اخره استثناء من حكم الاخذ بما ورا قسط العيب التقدير
وياخذ الشفيع بما ورا قسط العيب الا ان يرد العبد المصالح عليه بخيار رؤية او شرط فلا ياخذها
الشفيع حينئذ بما ورا قسط العيب من الثمن وانما ياخذها بكمال الثمن لان اخذه الدار
بما ورا قسط العيب انما كان لضرورة توزيع الثمن على الدار وبدل الصلح وهو العبد لما ذكرنا
من صيرورته حينئذ كانه اشترى الدار والعبد معا بجملة الثمن وقد زالت تلك الضرورة
بفسخ الصلح بسبب الخيار وهو فسخ مطلق في حق العاقدين وغيرهما فصار الصلح كان لم يكن
وكان الثمن كله بازاء الدار فياخذها الشفيع به فيظهر ان الزيادة لازمة للشفيع فيلزمه

لكنه يخير في الفسخ والامضا لضرر زيادة الثمن عليه على وجه لم يلتزمه كما في محاباة المريض
اذا زعت بعد موته لضيق ثلثه عنها من حيث انه يخير المشترى بتلك المحاباة بين
الفسخ والامضا لضرر زيادة الثمن لذلك هنا قوله كذا لو استحق الى اخره اى وكذا
يلزم الشفيع تكميل الثمن لو استحق العبد المصالح عليه او رد بعيب بحكم القاضي اذا كان
الحكم بالعيب مستندا الى شهادة الشهود او الى نكول البايع لا ان كان مستندا الى اقرار البايع
لان الاقرار حجة بنفسه وذاته لا بالقضا فكان الرد في الحقيقة مستندا الى الاقرار لا الى الحكم
به والاقرار حجة قاصرة فينفسخ الصلح في حقهما خاصة ولا يتعدى الى الغير وهو الشفيع
لعدم ولايتهما عليه وهذا عكس النكول وشهادة الشهود لان كل واحد منهما ليس بحجة
بنفسه وانما يصير حجة بقضا القاضي الا ترى ان القاضي لو عزل بعد قيام البينة عنده
او نكول الخصم لم يكن للقاضي الذي ياتي بعده ان يحكم بذلك النكول ولا بتلك البينة فكان الرد
بالعيب مستندا الى حكم القاضي فصار بمنزلة الاستحقاق لثبوته بالحجة المطلقة فينفسخ الصلح
في حق الكل قوله المصنف رحمه الله لا يلزم الشفيع عبر عن الاقرار في قوله اذ الاقرار
وتقييده عدم لزوم اقرار البايع للشفيع بكونه في عيب يحدث مثله اشارة الى ان الاقرار
كالبينة في العيب اذا كان مما لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة او مما لا يحدث مثله في المدة
التي انتقل فيها العبد المصالح عليه الى ملك المشترى للتيقن بوجوده حال البيع بخلاف
العيب الذي يكون مما يحدث مثله في تلك المدة لعدم التيقن بوجوده حال البيع ولا يعتبر
اقرار البايع به في حق لزوم تكميل الثمن على الشفيع الا اذا صدق المشترى في دعواه ان العيب
كان عند البايع فحينئذ يلزمه تكميل الثمن لاقراره على نفسه وكذلك ان كذبه فطلب
المشترى يمينه بالله ما يعلم ان العيب كان عند البايع واستحلفه القاضي فنكل عن اليمين
لظهور اقراره وكذا النكول ان العيب كان قبل البيع وهو مما يحدث مثله في تلك المدة
من حيث انه لا يعتبر في حق الموكل الا ان يصدقه الموكل او يستحلف فينكل عن اليمين
لما ذكرنا هذا كله اذا كان الرد بالعيب بحكم القاضي مستندا الى اقرار او نكول او شهود
واما اذا كان الرد على البايع برضاه دون حكم القاضي فلا يرجع المشترى على الشفيع بشي
من زيادة الثمن وان صدقه الشفيع ان العيب كان عند البايع ولا على البايع بشي من قسط
العيب وان تعدد العيب بان اطلع على عيب اخر في الدار وهو في يد الشفيع لتجدد البيع
من حيث المعنى في حق كل واحد منهما اما في حق الشفيع فلان رد المشترى العبد على البايع
بغير قضا بمنزلة البيع ولو باعه من البايع حقيقة لم يلزم الشفيع شي من تكميل الثمن فكذا هنا

واما في حق البايع فلان اخذ الشفيع من المشترى كالبيع منه ولو باعه المشترى للشفيع
حقيقة لم يرجع المشترى على البايع بشي من قسط العيب الاول والثاني لان زوال المبيع
عن ملك المشترى بالبيع مانع لرجوع المشترى على البايع بقسط العيب وان تعدد فكذا هذا قوله
الا ان يرد الشفيع الدار بقضا لزوال المانع استثنا من قوله ولا على البايع العبد ... ولم يرجع
المشترى على البايع بشي من قسط العيب عند رده العبد المصالح عليه الا ان يرد الشفيع
الدار بعيب غير العيب الاول بقضا القاضي فحينئذ يتوجه خصومة المشترى على البايع
لزوال المانع وهو خروج المبيع عن ملكه الى الشفيع بعوده اليه بقضا القاضي ص

كتاب الوكالة

باب من الوكالة بالبيع ش اعلم ان بعض
مسايل هذا الباب في ترتيب الجامع نقلها المصنف رحمه الله الى الباب الخامس من ابواب الوكالة
من كتابه وهو الباب الذي ترجمه بباب ما يصدق فيه الوكيل والوصي والقاضي وبين المشترى
اولا ص دفع الوكيل الفا ليشترى به فتلف قبل الشرا بطلت الوكالة لتعينها به عرفا
وغرضا او التعيين بالقبض كما تراه قوم ضد ما قبل القبض لنقد الامرين وان تلف بعد
الشرا رجع في غير المنقود للبايع اذ يد الامانة كيد الضمان تبقى ما لم يحدث يد او ملك
ولا يرجع في منقود ثم رد بعيب الزيافة كما لا يرجع في المقبوض بعد الشرا اذ قدر
بانيا بالشرا ما عرف وقبض جنس الدين بلا قصد اقتضا ترجيحا بالبدل حتى كان قوله
اعمل بالوديعة لنفسك امرا ما لم ينص على الهبة كذا اقتضا ما عليه بمال الامر او يعكس
القصاص ليس دينه قاصر للنقص على الرد فلو حبس البايع والى الوكيل العبد نقل الامر
ثانيا راجعا عليه للاضطرار كما في رهن معار وان ابى بيع فيه بشرط الاذن عنده ودونه
عندهما تفريعا على الحجر بعد الجاني والوكيل بالمالك لا يلزم ان السنوق المردود هلك امانة
اذ الاقتضا بها معاوضة يشترط لها وللصرف عن المسمى وللامر الى الثاني والوكالة
علم كل واحد منهما بعلم الاخر حال الثاني بقدار الغرر ولم يوجد لهذا عادت وديعة الى
قاضي الدين بقاصد الريف ولا ان المضارب يرجع كلما تلف لان المضاربة ضد الوكالة
بنفي الضمان بقدار القلب الى مال منها يملك المضمون لهذا لو جحد الثمن المنقود رجع
المضارب بما ادى ثانيا دون الوكيل ولو تلف غير المنقود وعم المضارب قسط ملكه
خرج عنها فان اختلفا في وقت التلف فالقول لمن يدعي بطلان الوكالة اذ انكر الرجوع
او بقا في معنى الابتدا ضد البيع واخواته ش رجل امر رجلا ان يشترى له عبدا بالف
وسلمها اليه فقبضها الوكيل ليشترى بها فهلكت في يده قبل الشرا بطلت الوكالة

اما التوقيت فلانها تملك الالف عرفا وعرضا كما هو قول عامة المشايخ رحمهم الله واما التعيين فلانها بقبض
الوكيل كما هو راي بعضهم اما وجه التعيين فلان يد الوكيل يد امانة والنقود تتعين
في الامانات كالودائع اجماعا فكذا هنا وبهذا بطلت الوكالة بهلاكها قبل الشرا في يد
الوكيل وهو القياس على ما ذكرنا في الوكيل بالشرا او الوكيل بالانفاق اذا اشترى ونقد
الثمن من ماله او انفق من مال نفسه يكون متبرعا ولا يرجع في مال الموكل قياسا
وفي الاستحسان يرجع والاصح ان النقود لا تتعين في الوكالة حتى لو اشترى الوكيل
بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلكت بعد الشرا يرجع على الموكل
بمثلها كذا قال في التحرير في باب من الايمان فيما يوجب الرجل على نفسه وانما بطلت
الوكالة بالهلاك لوجهين احدهما ان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع
الدراهم الى الوكيل يريد شراه حال قيامها في يده والوجه الثاني ان غرض الموكل
من دفع الثمن عدم وجوب الثمن عليه للوكيل وعدم رجوعه عليه ولو بقيت الوكالة
بعد هلاك المدفوع لوجب للوكيل الثمن في ذمته ويرجع عليه وربما لا يقدر على ادا الثمن
حينئذ فيتضرر بذلك واذا بطلت الوكالة بالهلاك وقع الشرا للوكيل سوا علم
بالهلاك ام لم يعلم لان بطلان الوكالة بالهلاك عزل حكمي فيستوي فيه العلم وعدمه
وهذا بخلاف ما اذا هلكت الالف قبل قبض الوكيل بان كان الموكل قال له اشتر
بهذه الالف ولم يسلمها اليه حتى سرقت من الموكل او صرفها الى حاجته حيث لا تبطل
الوكالة لفقد الامرين جميعا التوقيت والتعيين حيث فقد شرطهما وهو التسليم حتى
لو اشترى الوكيل بعد ذلك ما امر به نفذ على الموكل لبقا الوكالة هذا كله اذا
هلكت الالف قبل ان يشتري الوكيل واما اذا هلكت في يده بعد شرائه فلا يخلو
اما ان يكون الثمن منقودا من مال الوكيل واما ان لا يكون منقودا فان لم يكن منقودا
حال هلاك الالف رجع على الموكل وان كان الثمن منقودا من مال الوكيل لا يرجع بشي
لان كل واحدة من يد الامانة ويد الضمان تبقى على ما هي عليه ما لم يطرا عليها
يد اخرى او ملك اخر واذا كان كذلك فنقول في الصورة الاولى لما قبض الوكيل
الالف كان قبضه قبض امانة لكونه قبض مال غيره بامره لا على وجه التملك
اذ لا دين له على الموكل لعدم نقده الثمن من مال نفسه ولم يطرا على يده يد اخرى
ولا ملك فبقيت يده امينة كما كانت والهلاك في يد الامين كالهلاك في يد المالك
ولو هلكت الالف في يد المالك واشترى الوكيل بعد ذلك شيا كان له ان يرجع بالثمن

على الموكل

على الموكل فكذا هذا واما في الصورة الثانية فنقول لما اشترى الوكيل ونقد من ماله
ثم قبض الالف من الموكل كان قبضه قبض ضمان لكونه قبض مال غيره على وجه
التملك عوضا عما نقده من مال نفسه ولم يطرا على يده يد اخرى ولا ملك اخر فبقيت
يده ضمينة كما كانت والهلاك في يد الضمين لا يوجب له الرجوع على المالك قوله
ولا يرجع في منقوده لو رد بعيب الزيافة الى اخره اشارة الى ان الوكيل لو نقد الالف
التي قبضها من الموكل الى البائع فوجدها البائع زيوفا او نبهرجة وردها على الوكيل
ولم يرد بعينها الوكيل الى الموكل حتى هلكت في يده فانه لا يرجع بها على الموكل كما لا يرجع
اذا قبض الالف بعد شرائه بحال سوا كان الثمن منقودا ام لم يكن وهذا لان الوكيل
قدر بالشرا ابتياعا لما عرف من ان شرا الوكيل يوجب دينين دينا عليه للبائع ودينا له
على الموكل ولهذا كان للوكيل ان يطالبه بالثمن قبل ادائه للبائع واذا ثبت الدين بالشرا
للوكيل على الموكل فنقول في الصورة الثانية وهي ما اذا قبض الوكيل الالف
بعد الشرا قبل نقده الثمن فلانه لما اشترى الوكيل وجب له الثمن على الموكل فكان وقوع
الثمن في يده اقتضا لدينه منه فكان مضمونا عليه لان قبض الانسان جنس دينه من
غيره ان يقيد القبض بالامانة اقتضا لا استيفا اي ترجيحا لكونه اقتضا بالبدل
الواجب له على الموكل لانه المتيقن اذ ظاهر حال العاقل ان يقصد بالقبض من مديونه
الاقتضا دون غيره فوجب الحمل عليه الا اذا قيد القبض بالاستيفا اي فحينئذ
يكون امانة لبطلان الدلالة بالصريح ولهذا كان قول المالك للمودع اعمل بالالف
الوديعة لنفسك اقراضا ما لم ينص المالك على الهبة لان الاقراض هو المتيقن من
حال المالك لكونه تمليكا ببدل واما في الصورة الاولى وهي ما اذا رد البائع الثمن
المنقود اليه بعيب الزيافة على الوكيل فلان قضا الوكيل ما وجب للبائع بمال الامر
يكون اقتضا قوله اذ ينعكس القصاص لسبق دينه اشارة الى ان الوكيل بقضائه
الثمن الزيف للبائع من مال الموكل صار مقتضيا لما له على الموكل لكون القصاص
فيما بين دينيهما عكس القصاص فيما بين ديني الوكيل والبائع لان الوكيل وان كان صاحب
اخر الدينين بالنسبة الى البائع لكنه صاحب اول الدينين بالنسبة الى الموكل لسبق دينه
على دين الموكل لانه ثبت بنفس الشرا ودين الموكل ثبت بعد ذلك بالقضا من ماله
وصاحب اول الدينين يكون مقتضيا واذا صار الوكيل مقتضيا في الصورتين والاقتضا
سبب للضمان فيما اقتضاه لكونه قبضا لنفسه على حقيقة التملك ببدل وجب له على الغريم

وهو الموكل كان الهلاك في ضمانه الا يرى ان المقبوض على سوم الشرا مضمون باجماع
الصحابه رضي الله عنهم لكون القبض فيه بدل على جهه التملك فالمقبوض على حقيقه
التملك اولى وهذا بخلاف ما لو علم البائع بكون الثمن زيفا واستوفى قبضه وهلك عند الوكيل
حيث يرجع على الموكل لان قبضه كان امانه ولم يطرا عليه ما يجعله مضمونا عليه فبقى
كما كان اما اذا كان رد البائع الزيف بعد القبض فان بعد ثبوت اقتضا الوكيل دينه
من الموكل ضمنا لقضا دين البائع من مال الموكل والاقتضا سبب الضمان بقول
المصنف رحمه الله اذ قبض حتى حقه الى اخره تعليل لمسيله المقبوض بعد الشرا
وقوله كذا اقتضا ما عليه بمال الامر الى اخره تعليل لمسيلة المقبوض بعد الشرا وقوله
كذا اقتضا ما عليه بمال الامر الرد بعيب الزيافه وقوله قاصرا منصوب على انه
حال من قوله قضا الصدر كذا قضا الوكيل ما عليه للبائع بمال الامر بكون اقتضا
منه حال كونه قاصرا التنفص ذلك الاقتضا على رد الزيف على الامر بالعيب وفيه
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال برد البائع انتقض قضا الوكيل
دينه فوجب ان ينتقض ما ثبت في ضمنه وهو الاقتضا وان لم يرده الوكيل على الامر
وانتقاض الاقتضا موجب لعود الالف الى ما كانت عليه من كونها امانه في يد الوكيل
فوجب ان يكون هلاكها موجبا لرجوعه على الامر وتقرير الجواب ان يقال
انما ينتقض بالرد ما يحتمل النقض والاقتضا مما لا يحتمله ما دام الالف في يد الوكيل
الى ان يرده على الامر الا يرى انهما لو اتفقا على النقض بان قالا نقضنا الاقتضا
لا ينتقض ما لم يرد المقتضي ما اقتضاه لما عرف من ان الاقتضا ثبت بالقبض وهو فعل
وما ثبت بالفعل لا ينتقض بالقول كالمرهون لما وجب ضمانه على المرتهن بقبضه
لا يخرج من ضمانه بقوله للراهن رددت كذا هذا قوله فلو حبس البائع الى اخره
اشاره الى ان الوكيل اذا قبض الثمن من الموكل بعد الشرا حتى صار مضمونا عليه
ثم هلك في يده او استهلكه قبل ان يقبض المبيع من البائع وحبس البائع المبيع
الى ان ينقده الوكيل الثمن وابى الوكيل ذلك كان للامر ان ينقد الثمن ثانيا ويقبض
المبيع ويرجع به على الوكيل وليس للبائع ان يمتنع عن قبض الثمن من الامر لان الثمن
وان وجب للبائع على الوكيل الا ان ملك الامر صار محبوسا عند البائع فكان الامر
مضطرا كمعير الرهن اذا ادى الدين فانه يجبر المرتهن على القبول ويرجع به على
المطلوب لكونه مضطرا غير متبرع كذا ههنا هذا اذا ابى الوكيل ان ينقد الثمن

دون الامر واما اذا ابى كل واحد منهما ذلك فللقاضي ان يبيع المبيع في دين البائع بشرط
اذن الامر والبائع عند ابي حنيفه رحمه الله لان للبائع يدا وللامر ملكا فلا يكون للقاضي
ازاله الملك ولا اليد الا برضاهما واما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فللقاضي ان يبيعه
بدون رضاهما وهو فرع مسيله الحجر وبيع مال المديون عليه بغير رضاه وقد عرفت
في موضعها قوله بعد الحاق الوكيل بالمالك اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال هذه المسئلة لا تصح فرعا لمسيله الحجر على المديون لان المبيع هنا على الوكيل
والمبيع ليس بمال له بل مال الامر وتقرير الجواب ان يقال اذا الثمن من حقوق
العقد والوكيل اصيل فيها فكان في هذا الحكم ملحقا بالمالك فيصلح كونها فرعا كما ذكرنا
قوله لا يلزم ان الستوق المردود هلك امانه الى اخره اشاره الى الفرق بين
النقود اذا رد على الوكيل بعيب الزيافه حيث هلك مضمونا على الوكيل وبينما اذا رد
عليه لكونه ستوقا حيث هلك امانه وكان له ان يرجع بالثمن على الموكل والفرق ان الوكيل
بعد رد الستوق للبائع لم يصر مقتضيا دينه الذي وجب له على الموكل لان دينه على الموكل
مثل المسمى في العقد وهو الدراهم والستوق ليس بدراهم بل هو بمنزله عرض اخر
كالثوب والعبد ونحوهما واذا كان كذلك كان ما ثبت في ضمن قضا الوكيل الثمن للبائع
من اقتضا دينه من الموكل بالستوق معاوضه لا مقاصه سلعه بثمن وهذه المقاصه
يشترط لصحتها ولصحه الصرف عن المسمى الى المشار اليه ولصحه الصرف عن ملك
الموكل الى ملك الوكيل علم كل واحد من الوكيل والموكل بعلم الاخر بحال البدل
المشار اليه وذلك يستلزم علم كل واحد منهما بحاله فالحاصل انه يشترط في نفس العقد
بالمشار اليه دون المسمى وفي تعلق التوكيل بالمشار اليه دون المسمى وفي انتقال الملك
من الموكل الى الوكيل بحاله الاقتضا علوم اربعه علم كل واحد منهما بحال المشار اليه
وعلم كل واحد منهما بعلم الاخر بحال المشار اليه حذار الغرر على الوكيل والاصل
ان التسميه متى اجتمعت مع الاشاره في الجنسين يتعلق العقد بالمسمى ولهذا لو اشترى
فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد اصلا لتعلقه بالمسمى ولم يوجد اما
ثبوت الغرر فيما اذا جهل الوكيل حال البدل المشار اليه فلانه ربما يعتمد التسميه فيصير
مخالفا واما اذا جهل حال المشار اليه فلان الظاهر انه اراد التسميه فاذا علم الوكيل بحال
المشار اليه واشترى به كان مخالفا ايضا واما اذا علما بحال المشار اليه ويجهل الوكيل
ان الموكل عالم فلان في زعم الوكيل ان التوكيل تعلق بالمسمى دون المشار اليه فاذا اشترى

الموكل
صح

بالمشار اليه كان مخالفا واما اذا علما ولم يعلم الموكل بعلم الوكيل فلان الظاهر للوكيل ان الموكل
اراد التسميه فاذا اشترى عالما بحال المشار اليه كان مخالفا ومتى صار مخالفا في الصور الاربع
لزمه البيع فيتضرر به واذا كانت العلوم الاربعه شرطا في صحه المقايضه وصحه الصرف
عن المسمى الى المشار اليه وصحه الصرف عن ملك الموكل الى ملك الوكيل لم يصح اقتضا
الوكيل دينه الواجب له على الموكل بقضاية السنوق في دين البايع لعدم وجود الشرط
وهو العلوم الاربعه واذا لم يصر الوكيل مقتضيا دينه من الموكل بالقضا للبايع وردها
البايع بالعيب على الوكيل انتقض القبض وعادت الى ما كانت عليه قبل القضا من كونها امانه
في يد الوكيل ولهذا لو امر المالك مودعه المديون ان يقضي دينه بالوديعه ويكون
ذلك دينا للمالك عليه ففعل ثم وجدها رب الدين ستوقا وردها عادت وديعه كما كانت
لانتقاض القبض حتى لو هلكت يهلك امانه بخلاف ما لو وجدها زيوفا وردها حيث
لا تعود وديعه حتى لو هلكت عنده تكون مضمونه عليه لان بالرد انتقض القضا
دون صيرورتها مضمونه ضروره اقتضا الدين وان كانت لا تنقلب مضمونه بنفس
الامر بالقضا قوله ولان المضارب الى اخره معطوف على قوله لا يلزم فالتقدير
ولا يلزم ايضا ان المضارب يرجع الى اخره وهو اشاره الى الفرق بين الوكيل والمضارب
حيث يرجع الوكيل مره واحده كما ذكرنا والمضارب يرجع كلما تلف الثمن في يده ولا فرق
بينهما في الرجوع اول مره لان كل واحد منهما عامل لغيره فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان
وانما الفرق بينهما في المره الثانيه فصاعدا والفرق ان المضاربه تنفي ضمان المقبوض
على المضارب اذ لو صار مضمونا عليه لملكه ولو ملكه لصار راس المال مشتركا بينهما
وذلك يودي الى قلب موضوع المضاربه من كونها عقدا بمال من احدهما وعمل من الاخر
الى كونه بمال منهما كالشركه واذا كانت المضاربه منافيه للضمان كان المقبوض في المره
الثانيه ايضا امانه فاذا هلك كان له ان يرجع به بخلاف الوكاله فانها لا تنفي ضمان
المقبوض على الوكيل لما ذكرنا من ان شرا الوكيل يوجب الدين له على الموكل فاذا قبض
من الموكل بعد الشرا صار مقتضيا دينه الذي وجب له عليه فكان مضمونا فاذا هلك في يده
لا يرجع على الموكل ولهذا لو ادعى المضارب انه نقد الثمن للبايع ولم يقبض المبيع فجحد البايع
وحلف ولا بينه عليه رجع المضارب على رب المال بما يوديه في المره الثانيه ولو كان وكيلا
لا يرجع على الموكل وكذا لو تلف الثمن قبل نقده الى البايع وغرم المضارب قسط ملكه
بان كان اشترى بالف المضاربه عبدا وباعه بالفين واشترى بهما جاريه ولم ينقد الثمن

حتى

حتى ضاع منه وغرم قسط ملكه من الربح وهو الربع فانه يخرج ربع الجاريه من المضاربه
لصيرورته مضمونا عليه قوله فان اختلفا في وقت التلف الى اخره اشاره الى ان
الوكيل اذا قبض الالف قبل الشرا فتلفت في يده ثم اختلف هو والموكل في وقت تلفها
فقال الوكيل هلكت بعد الشرا ولي عليك الرجوع بمثله وقال الموكل بل هلكت قبل الشرا
فبطلت الوكاله ولا رجوع لك علي فالقول لمن يدعي بطلان الوكاله وهو الموكل اما لانه
ينكر حق رجوع الوكيل عليه فالقول قول المنكر واما لانه انكر بقا في معنى الابتدا لان عقد
الوكاله ليس من العقود اللازمه ولهذا كان لكل واحد من الوكيل والموكل فسخه بدون
رضا الاخر فكان لبقا عقد الوكاله حكم ابتدايه بخلاف عقد البيع والحواله والاجاره
والرهن ونحوها لانها عقود لازمه ولهذا لم يكن لاحد العاقدين حق الفسخ بدون
رضا الاخر فلم يكن لبقايها حكم الابتدا واذا كان كذلك كان انكار الموكل بقا الوكاله عند الشرا
بمنزله انكاره ابتدا الوكاله ولو انكر ابتدا الوكاله اصلا كان القول له فكذا اذا انكر بقاه
والله اعلم فصل باب من الوكاله في البراه لو قال الداين لمديونه بسواله الابرا ذاك
اليك او ابري نفسك او حللها فقال ابرات او حللت برى لان لفظه ينتقل الى الامر كما في هب
لنفسك ذا العبد او اقر علي لزيد وطلقي واعتقي وسائر ما ينفرد به وابرا الوكيل اسقاط
محض لم يرجع الكفيل وتحليله ابرا طلاق حتى ان في الطعام افاد الاباحه لا الملك غير ان
في الطلاق والعتق اقتصرا على المجلس بلا مكنه الرجوع عكس الغير دفعا بمعنى التعليق
ولو كانا بماله شرط نقد بره كيلا يستريد المستنقص كما في الكتابه اذ التصادق دون
عود النفع بدليل ان الموصى اليه يوضع الثلث حيث شا يضع في نفسه ضد الموصى اليه
بالصرف والدفع والاعطا وبصلح الكفيل والمولى وكذا في ابرا الاصيل والعبد ضد
الاقتضا لتضاد في التسليم والتسلم كما في البيع ولقوله فصل رجل عليه دين سال الداين
ان يبريه عن دينه بان قال له ابرني عن الدين فقال له الداين ذاك اليك او قال له
ابدا او بعد سواله الابرا ابري نفسك او حلل نفسك فقال المديون ابرات او حللت
برى المديون من الدين لان لفظ المديون ينتقل الى الامر والامر ينفرد بالابرا
من غير اشتراط قبول المديون فكان تفويضا اما في قوله ابري او حلل فظاهر واما في
قوله ذاك اليك فلقوله تعالى في قصه بلقيس والامر اليك وكان ذلك تفويضا اليها
فصار كما لو قال لرجل هب لنفسك هذا العبد او قال له اقر علي لزيد بالف درهم ففعل
وكذا في قول الزوج لامراته طلقي نفسك ففعلت او قال المولى لعبده اعتق نفسك ففعل

وكذا في سائر ما ينفرد المتكلم به من التصرفات ولا يقال ان قبول الموهوب له شرط
في ثبوت الملك له فلم يكن مما ينفرد به المتكلم لانا نقول الهبة اسم لعقد شرعي وهو تمليك
المال بطريق التبرع والتبرع امر يقوم بالمتبرع وانما شرط القبول لتعلق التمليك بمحله
اذ لولا اشتراطه للزم الغير حكم تصرفه بغير رضاه وعند الرضا يضاف الحكم الى السبب
لا الى الشرط فصار المعتبر شرعا فعل الواهب وان لم يفد حكمه الا انه اذا افاد حكمه
كان سببا كاملا واذا لم يفد كان سببا قاصرا ولهذا لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل
الموهوب له حنث في يمينه عندنا واذا كان لفظ المامور ينتقل الى الامر صار كان
رب الدين قال للمديون ابراتك او حللتك من الدين ولو كان كذلك برئ المديون
فكذا هنا فان قيل الوكيل من يعمل لغيره والمديون عامل لنفسه بتفريغ ذمته قلنا
ان كان يعمل لنفسه من هذا الوجه فهو يعمل لرب الدين من حيث الاسقاط وقد ورد
الشرع باعتبار مثل ذلك في تخيير المراة والمخيرة في اختيار نفسها عاملة لنفسها من وجه
ولزوجها من وجه اقصى ما في الباب ان المديون ينتفع بهذا الابرا لكن انتفاعه
لا يمنع كونه وكيلا كما سنبينه في اواخر الباب قوله وابرا الوكيل اسقاط الى اخره
اشارة الى جواب سوال مقدر واليه ذهب مشايخ ما ورا النهر وتقريره ان يقال
الدائن اذا امر المديون بابرا نفسه وتحليلها والابرا ... والتحليل يكون تاره
باسقاط الدين فيكون تفويضا لان الاسقاط مما ينفرد به الواحد وتارة يكون
بعطا الدين فلا يكون تفويضا فيحمل على ادنى الوجهين وهو تمليك الدين بعوض
كما لو قال لغيره اعطني الفا يكون استقراضا لا استيهابا وكذا في قوله ذاك اليك
لا يكون تفويضا بل يكون المراد منه ان ذلك بيدك باداء الدين فيبرا بخلاف قوله
ذاك اليك في الطلاق والعتاق لانه لا يحتمل غير التفويض لان الطلاق والعتاق ليسا
بيد المخاطبة حتى يجعل قوله ذاك اليك اخبارا فتعين كونه تفويضا ضرورة وتقرير
الجواب ان يقال ابرا الوكيل اسقاط للدين لا تمليك للدين من نفسه ولهذا لو وكل
الدائن الكفيل بابرا نفسه عن دين الكفالة ففعل لم يرجع على الاصيل ولو كان تمليكا
لرجع الكفيل على الاصيل بمثل الدين كما لو ملكه بهبة او ارث هذا في مسئلة الابرا
واما في مسئلة التحليل فلان تحليل الوكيل نفسه عن الدين اطلاق لذمته عنه وذلك
بفراغها لا بالتمليك الا ترى ان مستودع الطعام لو قال للمالك حللني منه فقال
المالك ذاك اليك او حللتك افاد قوله الاباحة دون الملك بمنزلة قوله اذنت لك

واكله

في اكله حتى كان له ان ياكله دون اطعام غيره واذا كان التحليل اطلاقا كان مما ينفرد
به الواحد فصح تفويضه الى الغير قوله غير ان في الطلاق والعتق اقتصر
على المجلس الى اخره اشارة الى الفرق بين تفويض العتاق والطلاق وتفويض الابرا
والعقود التي يرجع فيها الحقوق الى العاقد والفرق ان الطلاق والعتاق مما يقبل
التعليق بالشرط فكان التفويض فيهما تمليكا لا توكيلا محضا فاقتصر على المجلس والطلاق
والعتاق مما يحلف به فكان يمينا فلم يمكن الرجوع عنه بخلاف التفويض في الابرا واخواته
لانها لا تقبل التعليق بالشرط فكان توكيلا محضا فلم يقتصر على المجلس وامكن الرجوع
عنه وقول محمد رحمه الله في الكتاب ولا يشبه الطلاق والعتاق ما سواهما لم يرد به
انه ليس بتفويض بل اراد به لزومه واقتصاره على المجلس بدليل قوله في الكتاب
ايضا انا لم نجز الطلاق والعتاق لانا جعلناهما وكيلين ولكن اجزناه لانه طلاق جعل في يدها
وعتاق جعل في يد العبد الا ترى انه يبطل بالقيام من المجلس ولو كان توكيلا لما بطل
قوله ولوكانا بمال شرط بعد بره الى اخره اشارة الى ان الطلاق المفوض
الى المراة والعتاق المفوض الى العبد لو كانا بمال شرط في صحته كون المال مقدرا
في اصح الروايتين لان المفوض اليه حينئذ يكون سفيرا ومعبرا عن المفوض والواحد
يصلح سفيرا ومعبرا من الجانبين ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف ما اذا لم يكن المال فيهما مقدرا
حيث لا يصح التفويض لانه يودي الى التضاد اذ يصير الواحد في وقت واحد
مستردا لكونه نائبا ومستنقصا لكونه اصيلا فلا يصح كما لو امر عبده ان يكاتب نفسه
ففعل كان باطلا لان الكتابة معاوضة فاذا لم يقدر البدل صار العبد مستردا ومستنقصا
في وقت واحد على ما ذكرنا والتضاد في احكام الله تعالى باطل وما ادى الى الباطل فهو
باطل بخلاف ما اذا كان المال مقدرا كما ذكرنا وكذا في الخلع والصلح عن دم العمد وهذا
لان المخل بالتفويض والوكالة هو التضاد بما ذكرنا من كون الواحد يصير مستردا او مستنقصا
لا مجرد عود النفع الى المفوض اليه بدليل ان الموصى اليه بان يضع الثلث حيث شا
يجوز له ان يضعه في نفسه وبدليل انه يصلح الكفيل وكيلا في ابرا الاصيل ويصلح المولى
وكيلا في ابرا العبد اما الاول فلان الموصي امره بالوضع حيث شا وذلك مما يملكه
الموصي بنفسه ويتم به من غير حاجة الى قبول الموضوع فيه فكذلك الموصى اليه اعتبارا
للوكالة حالة الحياة بالوصاية التي هي وكالة بعد الوفاة وهذا بخلاف الموصى اليه بان يصرف
الثلث او يدفعه او يعطيه الى من شا حيث لا يجوز له ان يضعه في نفسه لان الصرف والدفع

والاعطا لا يقوم بالواحد ولا يسمى معطيا نفسه ولا دافعا الى نفسه واما الثاني فلان المكفول
له لو وكل الكفيل بابرا نفسه نصا صح فكذا اذا صار وكيلا بابرا نفسه تبعا لابرا الاصيل
وكذلك اذا وكل رب الدين مولى العبد المديون بابرائه لانه لو امر العبد بابرا نفسه صح
فكذلك اذا امر غيره سوا كان مولاه ام اجنبيا وهذا بخلاف ما اذا وكله باقتضا الدين
من نفسه او من عبده حيث لا يجوز لما فيه من التضاد اذ يصير مسلما عن نفسه ومتسلما
عن رب الدين والواحد لا يصلح مسلما ومتسلما في وقت واحد فصار كالامر بالبيع واخواته
من الاجاره والرهن وغيرهما والله اعلم ص باب من الوكالة في بيوع نص من
امره ببيع عبد او شراه بالف فعقد الى العطا والحصاد نفذ العقد الفاسد على الآمر
كعقود يليها المامور اذ قيد الصحه ضيق لا يراعى مع النص كقيد الفساد في الاظهر
فدونه اولى لتقابل بين وصف اللفظ والملك وغايته اصله ضد النكاح في راي لما مر
في الايمان وان باع باقل او اشترى باكثر نفذ الشرا الفاسد على المامور للخلاف وملكه
التنفيذ ضد شرا المرتد والمجحود ووقف البيع على اجازة الامر للعصول كالي الخاسر
ساوى الفا ام لا اذ الوفاق باللفظ دون الحكم والمدبر بعد الشرا لا الخمر عرفا حتى جاز
قبول العقد باكثر مما او ضمه لا باقل وصار المامور بنصف طلقة والبيع الى العطا
الاول مخالفا بالطلقة والبيع الى العطا الثاني ضد العكس عكس الشرا وفيض منه المساوى
مثل الاجاره الى الامر دون العاقد لانها بالفعل دون العقد عكس ما بعدها ممن باع او شرى
لعقد التعدي مسلما وقبضا ويرجع البايع بما ضمن على المشترى فلا عكس يعني على الغاصب
وغاصبه او نفاذ البيع وعدمه وان سلم بعد العقد في الاصح اذ مستند الملك قبض الوكيل
لا المشترى لقوة السلطة كما قيل في بيع المودع وان عقد بالف وخمر مشار او خنزير
نفذ الشرا على المامور في الكل ويقف البيع في الكل عندهما وفي قسطهما عنده اذ خالف
الى شر او معاوضة حصتها ذكر الثمن وان عمها الاطلاق عنده واصله بيع البعض
اذ نفذ او بالكل مشتر وطا بالحصول لا مطلقا ويا باه الفساد ما لم يلعه القيمة
ولا يلزم الخمر الموصوف والميتة والدم لصفا البيع عن شوب الشرا فان الخمر ثمن كمثلي
اخر والباقي هدر اذ المقابلة فكذلك المقابل يتبع الضمنة حتى لغا اعتاق المامور
بالاعتاق بجعل على الميتة والدم ونفذ على الخمر والخنزير بالقيمة ش رجل امر رجلا
ببيع عبد له بالف او بشرا عبد بالف ففعل ما امر به على وجه الفساد فلا يخلو اما ان يكون
الفساد باشتراط اجل مجهول كالعقد الى العطا والحصاد ونحوهما واما ان يكون بضم

ما لا يجوز

ما لا يجوز للمسلم تملكه وتمليكه كالخمر والخنزير واما القسم الاول فهو على وجهين احدهما
ان يعقد فيهما بالف او يعقد في البيع باقل وفي الشرا باكثر ففي الوجه الاول وهو ما اذا
عقد بالف الى العطا ينفذ العقد الفاسد على الامر بيعا كان او شرا كعقود يليها المامور
دون الامر اما نفوذ العقد على الامر فلان الوكيل لم يصر مخالفا وان فات وصف الصحه
من العقد لان الامر نص على مطلق البيع والشرا فينتظم الصحيح والفاسد عملا بمطلق اللفظ
اذ قيد الصحه في العقد ضيق على الناس لان اسباب الفساد فيما لا يمكن التحرز عنها عادة
ومنها ما يكون مختلفا فيه بين الفقها رحمهم الله وكل احد ليس كابي حنيفة رحمه الله في معرفة
ما يفسد العقد فلو جعلنا الوكيل مخالفا بمباشرته العقد الفاسد لوجب عليه الضمان
الموجب للنفرة عن قبول الوكالات التي شرعت رفقا بالناس فينقطع الرفق التي شرعت
لاجله واذا كان اعتبار قيد الصحه ضيقا حرجا فلا يراعى مع وجود نص الامر على مطلق
البيع والشرا كما لا يراعى قيد الفساد المصرح به في التوكيل الا ترى انه لو امره ببيع فاسد
فعقد صحيحا نفذ على الامر استحسانا وهو المراد بقول المصنف رحمه الله في الاظهر وهو
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد وزفر رحمهما الله وقد عرف وجه ذلك
في موضعه واذا لم يعتبر مراعاة قيد الفساد مع التصريح به في التوكيل لان فيه تحسين
التصرف المامور به فاولى ان لا يراعى قيد الصحه مع عدم التصريح به في التوكيل
وهذا لان وصف اللفظ بقيد الصحه يقابل الملك فالوكيل ان فوت وصف الصحه
بمباشرته العقد الفاسد فذلك خلاف الى شر بالنسبة الى ما يقتضيه حال الامر المسلم
لانه اي العقد لا يزيل الملك بنفسه عن المبيع ان كان بايعا او عن الثمن ان كان مشتريا
وذلك خير للامر واذا تعارض الامران وجب المصير الى اعتبار اصل اللفظ وهو مطلق
اسم البيع والشرا لاستغنائه في نفسه عن التقييد بالاوصاف على انا نقول اعتبار قيد
الصحه هنا غير ممكن لانه انما يثبت بنا على ظاهر حال الامر المسلم كما قلنا والظاهر يصلح
للدفع لا للاثبات فما لم يكن فلو تقيد بالجايز وباع الوكيل فاسدا وسلم ضمن والضمان
لم يكن ثابتا على الوكيل فلا يجوز اعتبار الظاهر لاثباته عليه فان قيل تسمية الالف
في البيع الفاسد لا يتعلق بها الاستحقاق فكان وجودها كعدمها فصار كانه باع الى العطا
ولم يسم شيئا فيكون مخالفا قلنا التسمية وان لم تعتبر في الاستحقاق لكن لها عبرة في الوفاق
والخلاف الا ترى انه لو باع بالف الى العطا فقبل المشتري البيع بالف كان موافقا وان قبل
باقل كان مخالفا وهذا كله بخلاف التوكيل في النكاح حيث لا يشمل العقد الفاسد في راي

وهو الاصح لما مر ذكره في باب اليمين في الهبة والنكاح وغيرهما من كتاب الايمان وهو انه في النكاح المنافي لحل البضع وهو الحرمة قائم في المحل الا ان الشرع اسقط اعتباره لحاجة الناس الى مصالح النكاح والحاجة تندفع بالعقد الجائز منه دون الفاسد فبقي العقد الفاسد ملاقيا غير محله فلم ينعقد سببا لحل المحل اصلا بخلاف البيع لانه ليس في المحل شيء منافي الحكم وهو الملك بل الاصل فيه الانعقاد لوروده على محل الاصل فيه الحل لانه والتمليك فافترقا بخلاف امر المولى عبده بالنكاح فانه يشمل الفاسد ايضا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما على ما عرف وجهه في موضعه واما كون الحقوق يليها المامور دون الامر فلانها وجبت بالعقد فيرجع الى العاقد اعتبارا للعقد الفاسد بالصحيح واما القسم الثاني وهو ما اذا عقد الوكيل في البيع باقل من الف او في الشرا باكثر منه فالشرا الفاسد ينفذ على المامور دون الامر اما عدم النفوذ على الامر فلان المامور خالف الامر قصدا الى شر حيث اشتراه باكثر مما سمي له واما النفوذ على المامور فلانه لما خالف صار فضوليا وشرا الفضولي لا يتوقف لامكان تنفيذه عليه فيكون له وان اجازه الموكل لان الاجازة لغت لمصادفتها غير محلها الا ان يسلمه الى الامر فيكون بيعا مستقبلا بينهما وهذا بخلاف شرا المحجور عبدا كان او صبيا وشرى المرتد حيث يتوقف والفرق ان الوكيل مشتر في ذمة نفسه وله ولاية على نفسه والمبيع عندنا ينتقل الى الوكيل ثم منه الى الموكل فاذا خالف نفذ في ذمته واما المحجور والمرتد فلا ولاية لهما على انفسهما فلم يمكن التنفيذ فيتوقف ضرورة هذا حكم شرا الوكيل واما بيعه فيتوقف على اجازة الامر لانه بمخالفته قصد الى شر فكان فضوليا فيتوقف بيعه كما في البيع الجائز باقل من الثمن المسمى له وسوا كانت قيمته الفا ام لم تكن اما اذا لم تكن قيمته الفا فظاهر واما اذا كانت الفا فلانها وان وجبت على المشتري بحكم العقد الفاسد الا ان ذلك من طريق الحكم الشرعي والمعتبر في حق الوكيل الوفاق من حيث اللفظ دون الحكم لان ما يثبت بالحكم ليس بصنع من جهته بخلاف اللفظ وتقدير الموكل الثمن عند يجب اعتباره في حق الشر دون الخير حتى يمكن من الزيادة عليه دون النقص هذا هو المتعارف من الناس لان كل امر بشيء يكون امرا بما هو خير منه وراضيا به دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالصريح ولهذا لو اوجب البيع بالف جاز قبول المشتري باكثر لا باقل اعتبارا للتقدير في الشر دون الخير ولو امره الزوج بنصف طلقة فاوقع طلقة كان مخالفا في اللفظ لان نصف الطلقة غير الطلقة الكاملة لفظا وان اتحد حكمهما شرعا

والمعتبر

والمعتبر الموافقة في اللفظ دون الحكم وكذا لو امره ببيع عبده الى العطا الاول فباعه الى العطا الثاني كان مخالفا قصدا الى شر لان زيادة الاجل شر للامر الا ترى انه لو امره ببيع عبده بالف الى شهر فباعه الى شهرين صار مخالفا كما لو باعه بتسعمائة فكذلك في البيع الفاسد بل فرق في الجائز لو نفذ البيع لتضرر الموكل بزيادة الاجل حقا للمشتري بغير رضاه وفي الفاسد لا لزوم للاجل قلنا ان لم تعتبر الزيادة في الاجل المامور به في حق اللزوم لكنها تعتبر في حق الخلاف الا ترى انه لو نقص عن الثمن المسمى صار مخالفا وان كانت القيمة في الفاسد مثل الثمن وهذا كله بخلاف العكس وهو ما اذا امره بان يطلقها طلقة فطلقها نصف طلقة حيث لا يكون مخالفا للموافقة لفظا وحكما لانه ملكه ايقاع طلقة كاملة فكان مالكا لايقاع نصفها مع اتحاد الحكم وكذا لو امره بالبيع الى العطا الثاني فباعه الى العطا الاول لا يكون مخالفا لما ذكرنا من ان التقدير عند يجب اعتباره في حق الشر دون الخير ونقصان الاجل خير لا شر وهذا الحكم المذكور في البيع عكس حكم الشرا حتى لو اوجب الشرا بالف جاز قبول البائع باقل منها لا باكثر اعتبارا للتحديد في الشر دون الخير وكذا لو امره بالشرا الى العطا الثاني فاشترى الى العطا الاول صار مخالفا الى شر لنقصان الاجل الذي هو كنقصان الثمن قوله وقبض قيمة التاوي قبل الاجازة الى الامر الى اخره اشارة الى ان الوكيل بالبيع اذا توقف بيعه وسلم المبيع الى المشتري فتوى في يده قبل اجازة الامر كان قبض القيمة الى الامر دون الوكيل العاقد لان القيمة وجبت بالفعل وهو تسليم الوكيل وقبض المشتري لا بالعقد وهذا عكس حكم قبض قيمة التاوي بعد اجازة المالك حيث يكون للوكيل العاقد دون الامر لانها وجبت بالعقد اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وحقوق العقد ترجع الى العاقد دون الامر قوله ممن باع او شرا الجار فيه متعلق بقوله وقبض فالتقدير وقبض قيمة التاوي قبل الاجازة للامر ممن باع وهو الوكيل او شرا وهو المشتري لان شرا هنا بمعنى اشترى اذ هو يستعمل للادخال في الملك كما يستعمل للاخراج منه وفيه اشارة الى ان الامر مخير في تضمين القيمة ان شاء ضمن الوكيل البائع وان شاء ضمن المشتري لتعدد التعدي اذ وجد من الوكيل تسليمه الى المشتري ومن المشتري بقبضه من الوكيل فان ضمن البائع رجع بما ضمن على المشتري وان ضمن المشتري لا يرجع على احد وهو معنى قول المصنف رحمه الله بلا عكس اما لتفريعه على حكم الغاصب وغاصبه للاشتراك في وجوب الضمان بالفعل والغاصب يرجع بما ضمن على غاصبه لملكه المضمون بلا عكس لان قرار الضمان على الغاصب

الثاني دون الاول واما النفاذ البيع لان البايع لما ملكه باداء الضمان تبين انه باع ملك نفسه
بيعا فاسدا فكان له ان يرجع بالقيمه على المشتري كالغاصب اذا باع المغصوب بيعا فاسدا
ومات في يد المشتري ثم ضمن القيمه للمالك بخلاف ما اذا ضمن المشتري حيث لا يرجع
لانه لم يصدر منه بيع لاحد ليتبين انه باع ملك نفسه بيعا فاسدا موجبا للرجوع
بالقيمه وفي تاكيد المصنف رحمه الله التعليل بنفاذ البيع وعدمه بقوله وان سلم بعد
العقد في الاصح اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا ينفذ
بيع الوكيل بتضمين المالك اياه ذكره بعض المشايخ رحمهم الله لانه انما ملكه بالضمان
وسبب الضمان التسليم الى المشتري والحكم يستند الى وقت السبب ووقته وجد
بعد عقد البيع فلم يتبين انه باع ملك نفسه وتقرير الجواب ان يقال قبض المشتري
وان كان سبب ضمان البايع الا ان مستنده قبض البايع اذ لولاه لما امكنه اقباض
المشتري واذا كان كذلك كان اضافه وجوب الضمان الى قبض البايع اولى لقوه تسلطه
به على المحل حيث كان باذن المالك بخلاف قبض المشتري لانه ليس بتسليط المالك
فمتى ضمن البايع بالتسليم استند الضمان الى القبض الذي تمكن به من التسليم فتبين
انه ملكه من وقت القبض وذلك مقدم على وقت البيع فصار كما قيل في بيع المودع
الوديعه بغير اذن المالك اذا سلمها الى المشتري ثم ضمنه المالك بعد بيعه نفذ بيعه نص محمد
رحمه الله على ذلك في كتاب الوديعه من المبسوط قال في التحرير وذكر محمد رحمه الله
في النوادر انه اذا باع ثم سلم لا ينفذ واذا سلم ثم باع ينفذ بسبب تقدم الملك على البيع
ثم قال لكن لا يتبين ثمره النفاذ وعدم النفاذ هنا لان الواجب هو القيمه على كل واحد
منهما في الوجهين لفساد العقد بجهاله الاجل هذا كله اذا كان الفساد بادخال الاجل
المجهول في العقد واما اذا كان بضم ما لا يجوز للمسلم تمليكه وتملكه فنقول اذا عقد
الوكيل بالف وخمر مشار اليه او بالف وخنزير بعينه او بغير عينه فان كان مامورا بالشرا
نفذ الشرا على المامور في كل العبد بالاتفاق لانه صار لانه خالف قصدا الى شر لانه فات
الوفاق اللفظي حيث عقد بزياده على الالف وان لم تجب الزياده لفساد العقد
ومتى خالف صار فضوليا وشرى الفضولي ينفذ على نفسه لما قدمناه في هذا الباب
واما اذا كان الوكيل مامورا بالبيع فيتوقف بيعه على اجازه الامر عندهما في كل
العبد لانه خالف قصدا الى شر حيث امره ببيع كل العبد وقد باع بعضه فيتوقف
بيعه في الكل على اجازه الامر واما عند ابي حنيفه رحمه الله فينفذ عقده على الامر

في قسط

في قسط الالف من العبد لانه خالف فيه الى خير حيث امره ببيع الكل بالف وقد باع بعضه
بالالف واما في قسط الخمر والخنزير فلانه خالف الى مقايضه والمقايضه مخصوصه
عن هذا التوكيل بذكر الامر الثمن لان الوكيل بالبيع بالاثمان لا يملك البيع بالعروض
عند ابي حنيفه رحمه الله لكونه بيعا من وجه دون وجه فيتوقف بخلاف ما اذا اطلق
التوكيل حيث يعم بيع المقايضه ايضا كما يعم البيع بالغبن الفاحش واصل الخلاف بين
ابي حنيفه وصاحبيه رحمهم الله ان التوكيل ببيع العبد اذا باع بعضه جاز عنده مطلقا
وابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ انه مطلقا بل بشرطين احدهما ان يبيع البعض
بكل الثمن المسمى والثاني حصول ذلك الثمن للموكل وفي مسيلتنا لم يوجد الشرطان
معا لان بيع البعض بالالف وان وجد الا انه فات حصوله للموكل لان فساد العقد
يابى وجوب المسمى ويوجب القيمه فتعذر القول بجوازه ما لم يبلغ القيمه قدر الثمن
المسمى وهو الالف فصاعدا لحصول مقصود الامر هذا كله اذا كان المامور ببيعه
عبدا واما اذا كان مما لا يضره التبعيض كالكر من الحنطه فقولهما كقول ابي حنيفه
رحمه الله قوله ولا يلزم الخمر الموصوف والميته والدم الى اخره اشاره الى ما اذا
عقد المامور بالف وخمر موصوف في الذمه او عقد بالف وميته او دم فانه يبطل
العقد الفاسد فيها على الامر دون المامور والفرق ان المامور لم يخالف الى شر
ولا الى مقايضه اما في الخمر فلانه كمثلي اخر من المكيل والموزون واذا كان بغير عينه
وقد وصف ووصل به البيع يكون ثمنا والزياده من جنس الاثمان خلاف الى خير لا الى شر
ولا الى مقايضه واما في الميته والدم فلان ذكرهما هدر غير معتبر فكان العبد كله مقابلا
بالالف الا انه شرط فيه شرطا فاسدا وبذلك لا يصير مخالفا كما قررنا قبل هذا وانما قلنا
ان ذكر الميته والدم هدر لتعذر القول بانهما مقابلين بالعبد اذ صحه المقابله يتبع الماليه
كما ان ثبوت الملك في المقابل يتبع الماليه والماليه تتبع الصنعه فكل ما يجري فيه الصنعه
والشح يوصف بالماليه فيصح المقابله به ويملك به المقابل له وما لا فلا ولهذا المعنى قلنا
ان المامور بالاعتاق على جعل اذا اعتق العبد على ميته او دم يلغو عتاقه لان المولى
امره بالاعتاق بعوض والميته والدم ليس فيهما شبهه الماليه فلم يصلحا عوضا
فكان ذكرهما هدرا فلم يكن المامور اتيا بما امره فيلغو تصرفه بخلاف ما لو اعتقه
على خمر او خنزير لان فيهما شبهه الماليه فصلحا عوضا فكان اتيا بما امره فينفذ
تصرفه ويجب على العبد قيمه نفسه لتعذر تمليك المسلم الخمر والخنزير وتملكه

ولو امره ان يعتقه على مال لم يذكره في الاصل قال بعضهم المال والجعل سوا وقال الفقيه ابو جعفر المال اذا ذكر يراد به ما يتمول المسلمون ويجري ذلك في بياعاتهم اما الجعل فاعم من المال فيجوز الاعتاق على الخمر والخنزير في الامر بالاعتاق على الجعل ولا يجوز في الاعتاق على مال فان قيل ينبغي ان لا يفسد العقد باشتراط الميتة والدم لانه شرط لا طالب له ولا يسعى به احد العاقدين قلنا انما يفسد لانه يرغب في الميتة بعض الناس ويلقي على الكلاب ويصلح غذا للكلاب ايضا وكذلك الدم اما اذا كان شيا لا يرغب فيه فينبغي ان لا يفسد العقد باشتراطه قال في التحرير هكذا ذكره شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله ص وان امره ببيع العبد من نفسه او امره العبد بشرا نفسه لنفسه بالف وباع باقل او شرا باكثر فكذا يتوقف البيع وينفذ الشرا على المامور وقيل يتوقف المضاف الى العبد ايضا للخلاف فصولا ش اي وان كان المولى امر رجلا ان يبيع عبده من نفسه بالف او كان العبد امره ان يشتري نفسه لنفسه وباع مامور المولى او اشترى مامور العبد بالف الى العطا فكذلك الحكم من حيث انه يتوقف بيع المامور على اجازة المولى وينفذ شرا مامور العبد على المامور لما ذكرنا انه في الصورتين صار مخالفا قصدا الى شر فكان فضوليا والفضولي ينفذ شراوه على نفسه لامكان تنفيذه عليه دون بيعه وسوى في التحرير بينهما اذا بين للمولى انه يشتري العبد لنفسه او لم يبين بالولا وهذه رواية ان الفضولي متى اشترى شيا وهو من اهل ان ينفذ عليه ينفذ عليه ولا يتوقف وان اضاف الشرا الى غيره نصا فان في مسلسا اضاف الشرا الى العبد وقيل في بعض الكتب يتوقف وانما ينفذ اذا نوى نقله لغيره ص كذا لو عقد بالف ولم يبين للمولى امر العبد حذارا بغروره بالولا ضد تجهيل امر المدبر واحتويه للتعيين جوازا وفقد التغرير وان بين عتق العبد بالقبول تجوزا لعلاقة زوال لا يعقبه الثبوت ويجب في البيع الف بعضه المولى وقت العطا تغليبا للعتق بجعل العاقد سفيرا واعلام الجنس كافيا كما هو الداب في مال قابل الغبن وفي الشرا قيمته يوخذ بها الوكيل حالا في الاحسن وفاء بلفظ الشرا اذ تم بين اهليته ضد الاولى لقصور في القبول لنفسه كذا يعتق الوكيل شرا نفسه ان زاد او جهل اذ وقع العقد له دون الامر لا ان بين ولم يزد للعكس وصار خصما في عيب جهل من نفسه فاتصالها بالعقد ابده حقيقة اولى من يد المولى

حكما

حكما لحق حبس العين بالاجر والمولى بالاستعمال مستردا في الفاسد غاصبا في الصحيح لما عرف وسعي في العوض حبا وطولب به المولى سببا للرضا بالتعلق ضد شي لحق والفايدة في حق الغير كما في اتلاف كسبه المشغول ش اي وكذا لو عقد مامور العبد بما سمى له من الثمن وهو الالف الى العطا من حيث انه ينفذ شراوه على نفسه دون العبد اذا لم يبين امر العبد الشرا لما فيه من تغرير المولى بسبب الولا لان المولى اذا لم يعلم بامر العبد كان قصده التمليك من المشتري لا الاعتاق الذي يلزم عليه ما لم يرض به من حقوق الولا من تحمل العقل وغيره وهذا بخلاف ما اذا كان الامر بالشرا مدبرا او مكاتبا او ام ولد والمسالة بحالها حيث ينفذ الشرا على الامر للتعيين من حيث الجواز وعدم تغرير المولى بسبب الولا وهذا كله اذا لم يبين المامور امر العبد واما اذا بينه حال العقد او عند المساومة فيعتق العبد الامر بالقبول لانه لما اضاف الشرا الى العبد فقد جعل نفسه رسولا عنه والرسول ينقل عبارة المرسل فصار كان العبد اشترى نفسه من مولاه بالف الى العطا وصار البيع مجازا عن الاعتاق اذ لا يمكن جعله بيعا حقيقة لان البيع عبارة عن معنى يزيل الملك من شخص عقيب ثبوته لشخص اخر والعبد لا يتصور ان يكون مملوكا مالكا في وقت واحد فجعل اسم البيع مجازا عن الاعتاق كما ذكرنا لما بينهما من علاقة مطلق الزوال عن ملك المولى واذا صار مجازا عن الاعتاق صار المولى كانه امر الوكيل باعتاقه على الف فاعتقه المامور على الف موجل الى اجل مجهول ولو كان كذلك كان موجبه المسمى دون القيمة فيكون قبض الالف للمولى من العبد في وقت العطا تغليبا لجهة العتق على جهة البيع بامرين احدهما جعل العاقد سفيرا او معبرا لان الوكيل في الاعتاق على مال رسول محض فلا ترجع الحقوق اليه والامر الثاني جعل اعلام جنس البدل كافيا في الجواز كما هو الداب والاصل في المال اذا قابل ما ليس بمال نحو الكتابة والصلح عن دم العمد والنكاح والخلع ولهذا لو اعتقه على ثوب هروي او حيوان موصوف جاز مع جهالة اصل البدل فجهالة الاجل وهو في معنى وصف البدل اولى ان لا يمنع الجواز لان الجهالة الموجبة للفساد هي المفضية الى المنازعة وهذه العقود مبناها على المسامحة والسهولة بخلاف البيع فان مبناه على المشاحة والمماكسة هذا كله حكم البدل في التوكيل ببيع العبد من نفسه واما حكمه في التوكيل بشرا العبد لنفسه فيجب قيمة العبد بالغة ما بلغت لا المسمى ويوخذ بها الوكيل حالا في الاحسن من روايتي كتاب الوكالة وهو المذكور في الجامع وهو الاستحسان والرواية الاخرى وهو القياس

انه يجب في الشرا ايضا الف يقبضها المولى من العبد وبه لخذ عيسى رحمه الله ووجهه
ان التوكيل ببيع العبد من نفسه توكيل بالاعتاق فكذا التوكيل العبد بشرا نفسه لانه يصير
كانه وكله بان يسئل المولى ان يعتقه على الف فصار كان العبد اشترى نفسه ولو كان
كذلك جاز الى العطا وعتق وكان قبض الالف الى المولى فكذا اذا اشترى وكيله ووجه
الاستحسان ان يقال العقد وقع بلفظه الشرا وقد تم الشرا بين شخصين كل منهما اهل
لانعقاد الشرا اما المولى فظاهر اذ لا شك في صلاحيته كونه بايعا واما وكيل العبد
فيصلح مشتريا فوجب الوفا بلفظه الشرا في حق العاقد فكان مشتريا لنفسه في حق
الحقوق وان كان مشتريا للعبد في حق حكم العقد ولهذا فسدت التسميه بالاجل
ووجبت القيمه على العاقد بخلاف المسله الاولى وهي مسله التوكيل ببيع العبد
من نفسه فان هناك تعذر العمل بحقيقه لفظ الشرا لان العبد لا يصلح مشتريا نفسه
اذ لا يتصور ان يملك نفسه فلم يتم البيع بين شخصين كل منهما اهل له لقصور قبول
العبد لنفسه عن افاده حقيقه البيع فلم يجب العمل بحقيقه البيع فكان اعتاقا كما قررنا
فلم يفسد بالاجل المجهول ووجب القبض للمولى كما قدمناه قوله كذا لو عتق العبد
بشرا نفسه الى اخره اشاره الى ان العبد اذا توكل بشرا نفسه من مولاه يعتق اذا راد
على الثمن الذى امر به او لم يزد لكنه جهل امر الموكل ولم يبين انه يشترى نفسه
للامر لوقوع العقد له دون الامر اما اذا زاد في الثمن فلانه خالف الامر قصدا
الى شر فكان فضوليا وقد امكن التنفيذ عليه واما اذا لم يبين انه يشترى نفسه
للامر فان المولى باعه على ظن انه يشترى نفسه لنفسه و انه يعتق ويكون الولا له
ولم يكن راضيا بالا بزوال ملكه على وجه يستفيد به الولا بخلاف ما اذا كان الوكيل
بشرا العبد اجنبيا فاشتراه ولم يبين انه يشتريه للامر حيث يكون الشرا للامر
لان المولى رضى بزوال ملكه بغير ولا سوا وقع للامر ام للمامور هذا كله
اذا زاد العبد في الثمن او جهل امر الامر واما اذا بين امره ولم يزد في الثمن
فلا يعتق لانعكاس العله اذ لم يقع العقد له بل للامر قوله وصار خصما الى اخره
اشاره الى ان العبد اذا توكل بشرا نفسه ووجد به الموكل عيبا واراد رده كان
العبد هو الخصم لمولاه القديم في الخصومه بالعيب ان كان عيبا يجهله من نفسه
كاثر قرح على ظهره لان الرد بالعيب من حقوق العقد ترجع الى العاقد بخلاف
ما لو كان العبد يعلم بعيب نفسه حيث لا يرد به لان علم الوكيل بعيب المبيع يبطل حق

الرد

الرد كعلم الموكل لرضاه بذلك وكذا يصير العبد قابضا نفسه بنفس العقد حتى لا يكون للبايع
حبسه بالثمن لانه باع ما في يد المشترى وهو حاضر في مجلس العقد فصار كمودع اشترى
الوديعه الحاضره وهذا لان يد العبد على نفسه ثابته حقيقه ويد المولى قبل البيع
ثابته حكما والحقيقه اولى بالاعتبار من الحكميه لحرف عرف وهو ثبوت حق حبس العين
للصباغ بالاجره لان يده على الثوب والصبغ حقيقه ويد المالك حكميه فكانت الحقيقيه
اولى قوله والمولى مستردا الى اخره معطوف على خصما وقابضا المنصوبين على
انهما خبر صار فالتقدير وصار المولى بالاستعمال مستردا وهو اشاره الى ان المولى لو
استعمل العبد في بعض اعماله او ارسله في حاجته صار بذلك مستردا له في العقد
الفاسد غاصبا في العقد الصحيح لما عرف من ان استعمال عبد الغير بغير امره غصب له
وكل فعل يصير الفاعل به غاصبا في مال الغير يصير البايع به مستردا للمبيع قوله
وسع في العوض حا الى اخره اشاره الى ان العبد اذا صار قابضا نفسه بنفس العقد
تعلق العوض الواجب برقبته مما كان او قيمه لانه هو العاقد فسعى في الثمن ان كان
حيا ويطالب به المولى الامر ان كان ميتا كالوكيل الحر اذا مات ولم يترك سوى
ما وجب له على الموكل يوخذ ذلك بعينه والعبد وان كان محجورا عليه ينبغي
ان لا يلزمه الحقوق الا ان عدم اللزوم لحق المولى وقد رضى المولى الامر بتعلق
الحقوق برقبته ضمنا لامره اياه بمباشره عقد البيع وقد لزمه الثمن وهو في ملك المولى
الامر بخلاف ما اذا وكله الرجل بشرا شى اخر سوى نفسه حيث لا تتعلق الحقوق
برقبته لانه ملك غير الامر حال لزوم ثمن ذلك الشى بل يرجع به على الامر لانه وكيله
قوله والفايده في حق الغير الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال كيف يستقيم ثبوت الدين للعبد على الامر حتى يباع رقبته فيه والعبد لا يستوجب
على مولاه دينا لعدم الفايده فينبغي ان يقال للمولى بان الثمن توجه على العبد فاما
ان يقضيه عنه واما ان يباع فيه كما في دين الاستهلاك وتقرير الجواب ان يقال
انما لم يستوجب على مولاه دينا اذا لم يتعلق به حق الغير لعدم الفايده كما ذكر
واما اذا تعلق به حق الغير فيستوجب الدين عليه لتحقق الفايده وهي وصول
الغير الى حقه كما اذا اتلف المولى اكساب عبده الماذون المشغول بالدين والله اعلم
باب الوكيل بالخصومه والقبض قوله ومن دفع الى رجل الفا فقال اشتر به عبدا وزد مثل النصف
ان شيت ثم اختلفا في الزياده فحلف الامر ما يعلم انه اشترى بالف وخمسمايه لجحده العرض

مبدوا به في الاظهر صح

والوكيل بالله ما اشتري لجحده حق القبض وان نزل بايعا لقوة الاثبات وسرعه نفعه وكان ملك العبد له والباقي للامر لان المراد بالتحالف وهو في قسط الزياده وان سمي الكل بمدار التاويل اذ القول في المدفوع للوكيل اعتبارا للبعض بالكل والتشقيص حكم الفسخ لا العقد عكس الابتدا والبينه لمن يقيمها وللوكيل ان اقاما ترجيحا لمزيد الاثبات كما عرف

ش اعلم ان هذا الباب هو الباب الخامس من ابواب الوكاله في تبويب الوجيز والتحرير اذا عرفت هذا فنقول رجل دفع الى رجل الف درهم فقال اشتر لي به عبدا او زد في الثمن الى خمسمايه درهم ان شيت فاشترى الوكيل عبدا ثم اختلفا في الزياده فقال الوكيل اشتريت بالف وخمسمايه وقال الامر بل اشتريت بالف ولم تزد شيا يتحالفان فيحلف الامر بالله ما يعلم ان الوكيل اشترى بالف وخمسمايه لجحوده ما يدعيه الوكيل من قرض الزياده ويحلف الوكيل بالله ما اشترى بالف لجحوده ما يدعيه الامر من حق قبض العبد المبيع وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وسقط اليمين عن الاخر وانما قيد المصنف رحمه الله تصوير المسيله بقول الامر للوكيل ان شيت ليكون الوكيل في سعه من الشرا بما دون الالف وخمسمايه بما هو فوق الالف ولا يكون مخالفا بذلك لان العبد غير معين قوله مبدوا به منصوب على انه حال من الوكيل فالتقدير ويحلف الوكيل مبدوا به في التحالف في الاظهر من الروايه وانه نزل بايعا الى اخره وفيه اشاره الى قول الكرخي رحمه الله وجدت الروايه عن محمد رحمه الله انه يبدا بيمين الامر قال وهو الاصح لانه هو المطالب بتسليم الثمن وذكر بعض المشايخ رحمهم الله ان المذكور هنا من البداه بالوكيل قول ابي يوسف الاول واما قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله يبدا بيمين الامر لان الوكيل ينزل بايعا من الامر لانه يتلقى الملك منه وفي التحالف يبدا بيمين البايع في قول ابي يوسف الاول وبيمين المشتري في قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله ومنهم من قال بل البداه بالوكيل هنا وان نزل بايعا قول الكل وهو الاظهر والاصح لان يمينه يمين بات ويمين الامر يمين علم واليمين البات اقوى لانه على فعل نفسه مع سرعه نفعه اذ الوكيل يلزمه تسليم العبد بمجرد نكوله من غير تاخير لكون الثمن مدفوعا اليه بخلاف مسيله البايع والمشتري لانهما استويا في يمين البات فرجح الابتدا بالمشتري لسرعه نفع نكوله لانه يلزمه الثمن بمجرد نكوله بخلاف الابتدا بيمين البايع لانه اذا نكل تاخر مطالبه المشتري اياه بتسليم المبيع الى زمان استيفا

الثمن

الثمن فان قيل وجب ان لا يتحالفا بل يكون القول قول الوكيل مع يمينه لاخباره عما هو مسلط عليه وهو الشرا بالزياده كما اذا لم يسم الامر الثمن ولم يدفعه قلنا هناك ان كان صادقا فله الرجوع بالثمن وان كان كاذبا والمبيع قايم وصدقه البايع جعل لخباره ونصدق البايع كالانشا وهما يملكان الانشا ولو اشترى للحال كان له الرجوع بالثمن فكذا هذا بخلاف ما اذا كان المبيع هالكا اما هنا تصادقا على وجود الشرا اما بالف او بالف وخمسمايه ولا يملكان انشا العقد ثانيا في حق الامر فجاز ان لا يقبل قوله على الاطلاق لا فيما يرجع الى دفع الضمان عنه ثم اذا تحالفا كان ثلث العبد للوكيل بخمسمايه والباقي للامر بالف درهم قوله لان المراد بالتحالف الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال التحالف وجد في الكل دون الثلث لان كل واحد منهما في يمينه يسمي الكل فوجب ان يكون للوكيل كل العبد الا يرى ان الثمن اذا لم يكن مدفوعا واختلفا في الزياده وتحالفا انه يكون للوكيل كل المبيع فكذا هنا وتقرير الجواب ان يقال انما يجب المراد بالتحالف والتحالف انما يجب فيما وقع به الاختلاف والاختلاف في مسيلتنا انما وقع في قسط الزياده من المبيع وهو ثلث العبد فالوكيل يقول ردت كما امرتني وقسط الزياده ثلث العبد والامر ينكر ذلك وهذا لان ما عدا الزياده وهو الالف مدفوع الى الوكيل والوكيل امين فيكون القول له فيه اعتبارا للبعض الثمن المدفوع بالكل الا يرى انه لو دفع اليه الفا وخمسمايه ليشتري له جاريه بذلك فاشترى فقال الامر اشتريتها بالف وقال المامور بل اشتريتها بالف وخمسمايه كان القول للوكيل اذا كانت الجاريه تساوي الفا وخمسمايه واذا كان القول للوكيل في المدفوع انتفى جريان التحالف في قسطه من العبد وهو ثلثاه فتعين التحالف في قسط الزياده لانها غير مدفوعه الى الوكيل بخلاف ما استشهد به وهو ما اذا لم يكن الثمن مدفوعا لان الاختلاف هناك وقع في اصل الثمن انه الف او الف وخمسمايه ولم يثبت واحد منهما فيفسخ القاضي البيع بينهما في الكل وانما اوجبنا تسميه كل العبد في التحالف في مسيلتنا لان فايده الاستحلاف النكول والنكول انما يكون للتحرز عن الكذب اذ كل واحد منهما لو حلف في قسط الزياده خاصه وهو الثلث فحلف الامر انه ما يعلم انه اشترى الثلث بخمسمايه كان صادقا لتناوله يمينه عدم اقرار الثلث بالشرا مع علمه بشرا الكل بالف وخمسمايه فلا يمتنع عن اليمين فيفوت النظر في حق الوكيل وكذا اذا حلف الوكيل انه اشترى الثلث بخمسمايه لاحتمال انه

اشترى الثلث بخمسمائة والثلثان بخمسمائة فيتناول بيمينه انه افرد الثلث بخمسمائة
سكون صادقا مع انه اشترى الكل بالف فلا يتنوع عن اليمين فيفوت النظر في حق الامر
واذا اثبت ان تسمية كل المبيع واجبه في التحالف يحذر من تناوله كل واحد منهما ابو حنيفه
حينئذ في بينه علم ان التحالف انما كان في قسط الزياده خاصه كما ذكرنا قوله
والتشقيص حكم الفسخ لا العقد على الابتدا اشاره الى جواب سوال مقدر
وتقريره ان يقال وجب ان لا ينفذ شرا الثلثين على الامر لانه انما امر الوكيل
بشرا الكل ولم يحصل مقصوده فوجب ان يكون العبد كله للوكيل ولا يجاب ان
لان الوكيل بشرا الكل في الابتدا لا يملك شرا البعض بالاتفاق واما الخلاف بين ابي حنيفه
وصاحبيه رحمهم الله في الوكيل ببيع الكل اذا باع البعض كما عرفناه في الباب الذي هو
قبل هذا الباب وتقرير الجواب ان يقال التشقيص الحاصل انما ثبت حكما للفسخ العقد
الذي اختلف فيه الامر والمامور لا قصدا بالعقد لان الوكيل يقول اشتريت
كل العبد وزدت في الثمن كما امرتني وانما جا التشقيص حكما للتحالف والخلاف
الحكمي لا يصير الوكيل به مخالفا بخلاف ما اذا اشترى البعض ابتدا حيث لا ينفذ
على الامر لان الخلاف فيه قصدي لا حكمي فافترقا قوله والبينه لمن تثبتها
الى لغيره لما انهى الكلام على حكم الامر والمامور اذا لم يقم لواحد منهما بينه بين المصنف
رحمه الله على حكمهما في البينه اذا عرفت هذا فنقول اذا اقامت لاحدهما بينه وجب
قبولها لانه ادعى امرا حادثا لا يعرف الا بقوله وقد اثبته بالبينه فيقضي ببينته
كالبائع مع المشتري اذا اختلفا في مقدار الثمن واقامت لاحدهما بينه واما اذا اقاما
البينه فالبينه بينه الوكيل ترجيحا بمزيد الاثبات اذ هي تثبت حق الرجوع بالزياده
وحق حبس العبد الى ان يستوفيها وبينه الامر انما تثبت حق القبض خاصه
والبينات تترجح بزياده الاثبات كما عرف والله اعلم ضرب ما يصدق
فيه الوكيل والوصي والقاضي وشرا المشتري اولا قال اعلم ان هذا الباب مشتمل على
مسايل الباب السادس والسابع وبعض مسايل الباب الاول من ابواب الوكاله
في ترتيب الجامع جمعها المصنف في هذا الباب ص ان قال الوكيل بعت وقبضت
الثمن وسلمته الى الامر او ضاع صدق وبرى المشتري للتسليط قصدا او ضمنا وحلف
على التسليم والضياع اذ نكوله على نفسه دون المشتري ولا يحلف على البيع والقبض
للعكس الا في دعوى الغرم لعكس العكس الا يرى ان ذا اليد اذا اقر بالمدعى للصغير

حلف

حلف على الغرم دون العين ويسلم المبيع ان كان في يده للتسليط بدا الا ان كان في يد
الامر للعدم بل يفسخ المشتري او يسلم دافعا به على الوكيل لفوت رضى او سلامه
ويسترد المشتري زاد ثمنه وقالوا بالعدل والحقوق ويرجع به على الامر ان صدقه
في القبض اذ يده يده بدليل التلف ويبيعه القاضي فيه ان كذبه لتعينه نظرا او سلطة
كما في الوكيل بالقبض وموت الامر وعينه والفصل للامر والقبض هذا كلا يتعدى
الاقرار الى مال اخر لهذا اصدق المامور بدفع الوديعه الى الغير في حق نفسه
دون الغير والوكاله وان نصب ضمن بقا الحقوق فيها بيع المردود بعيب او رويه
او فساد ضد ما لا حقوق لها كالهبه والكتابه لكن السلطة لا يعدو الى الغا الدين
ش رجل امر رجلا ان يبيع عبده فقال الوكيل قد بعته وقبضت ثمنه وسلمته
الى الامر او قال قبضته وضاع مني وصدقه المشتري في جميع ذلك وكذبه الامر في البيع
او صدقه فيه وكذبه في الدفع اليه او في الضياع صدق الوكيل في مقالته وبرى المشتري
عن الثمن اما تصديقه في البيع وقبض الثمن ودفعه الى الامر فلانه مسلط على ذلك
قصدا من جهه الامر واما تصديقه في براه المشتري فلانه مسلط على ذلك ضمنا للامر
بقبض الثمن منه وصار كالمنكوحه اذا قالت حضت وكذبها الزوج من حيث انه
يحرم عليه وطيها لتسليطها على الاخبار بحرمه الوطي ضمنا لتسليطها شرعا على
الاخبار بالحيض في حق الزوج ويحلف الوكيل على تسليم الثمن الى الامر في مسيله
دعواه التسليم وعلى الضياع في مسيله دعواه الضياع لانه مفيد ولا يحلف على البيع
وقبض الثمن لانه غير مفيد اما في دعوى التسليم والضياع فلان فايده الاستحلاف
النكول ونكول الوكيل يقتصر على نفسه كاقراره ولا يتعدى الى المشتري لانه
لو اقر عليه بلزوم الثمن بعد ما اقر ببراته لا يقبل قوله فكذا اذا اقر عليه ضمنا
لنكوله واما في مسيله البيع وقبض الثمن فالامر بالعكس لان نكوله على المشتري
دون نفسه ولو اقر صريحا انه لم يبع منه ولم يقبض الثمن بعد ما اقر انه باع وقبض
لا يقبل قوله فكذا اذا اقر عليه ضمنا لنكوله قوله الا في دعوى الغرم مستثنى
من قوله ولا يحلف على البيع والقبض فالتقدير ولا يحلف الوكيل على البيع والقبض
الا في دعوى الغرم وفيه اشاره الى ما حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن حامد
رحمه الله ان الوكيل يحلف في نفس البيع اذا ادعى الامر عليه الغرم والضمان
لانعكاس العكس المذكور حينئذ حيث يصير نكول الوكيل على نفسه دون المشتري

لان الامر اذا ادعى على الوكيل الضمان واستحلفه فنكل يصير متلفا للمبيع باقراره
بالبيع ضامنا للقيمة الا يرى ان الرجل اذا ادعى عينا في يد اخر واقر ذو اليد
بان العين لولده الصغير فقال المدعي للقاضي ان هذا استهلك ملكي باقراره
لصغيره وطلب القيمة فان القاضي يسمع دعواه ويحلف ذا اليد على ضمان القيمة
لانه لو اقر به يلزمه فيكون في التحليف فائده ولا يحلف على العين لانه لو اقر به
للمدعي بعد ما اقر به لصغيره لا يقبل فكذا اذا اقر به ضمنا لنكوله فلم يكن في التحليف
فائده **قوله** ويسلم المبيع الى اخره اشاره الى ان الوكيل اذا امر بالبيع وقبض
الثمن قبل ان يقبض المشتري المبيع وجب على الوكيل تسليمه الى المشتري ان كان
في يده لان الامر لما دفع اليه العبد فقد سلطه على اثبات يد المشتري
عليه عند قبض الثمن منه وقد اقر الوكيل بقبض الثمن فتعين حق المشتري
في قبض العبد بخلاف ما اذا لم يكن العبد في يد الوكيل حيث لا يكون للوكيل
اخذه من الامر وتسليمه الى المشتري لعدم التسليط لانه انما امر ببيع لا يستحق
عليه اليد الا بتسليم الثمن اليه واذا لم يكن للوكيل ان يسلم المبيع فحينئذ يخير المشتري
بين ان يفسخ البيع لفوت رضاه بتاخر حقه عن قبض المبيع الى ان يدفع الثمن
ثانيا وبين ان ينقد الثمن للامر ثانيا ويقبض المبيع ثم يرجع على الوكيل
بالثمن في الحالين لان المشتري والمامور وان زعما ان المشتري برى بالاداء
مره وان الامر ظالم في اخذ الثمن ثانيا والمظلوم ليس له ان يظلم غيره
الا ان من حجة المشتري ان يقول للوكيل انما دفعت الثمن اليك لتسلم لي ما في
ذمتي وتصل الى المبيع وقد فاتت سلامه ذلك لي فيثبت ان قبضك الاول لم يكن
حقا فلي ان ارجع فيه فقول المصنف رحمه الله لفوت رضى تعليل لثبوت الخيار
للمشتري وقوله او سلامه تعليل لثبوت حق الرجوع له بالثمن على الوكيل
قوله ويسترد المعيب الى اخره اشاره الى ان الوكيل هو الذي يسترد
المبيع المعيب اذا رده المشتري ويرد ثمنه لان استرداد المبيع المعيب من حقوق
العقد فيرجع الى العاقد وفاء بما يقتضيه العقد من عود الحقوق الى العاقد
لكونه اصيلا فيها فاذا استرده لزمه رد ثمنه وفاء بما يقتضيه العدل من كون الذي
يستحق قبض البدل هو الذي يلزمه ايفاء البدل واذا دفع الثمن الى المشتري
كان له ان يرجع به على الامر ان صدقه الامر في قبض الثمن لان يد المامور

يد امره بدليل ان التلف عند المامور كالتلف في يد الامر فينوب قبضه عن قبضه
فصار كان الامر قبض بنفسه من الوكيل ثم ادعى ان الوكيل غصبه منه
واما اذا كذبه الامر في القبض فيباع في دينه لتعين البيع طريقا الى استيفاء
حقه من حيث النظر له والسلطه عليه لان الامر سلطه على البيع والتسليم
وقبض الثمن ودفعه اليه فكان قوله معتبرا في الدفع اليه فاذا ادعى على الوكيل
واخذ منه الثمن وعجز عن الرجوع على الامر لتكذيبه في الدفع اليه تعلق حقه
ببيع المردود في دينه باعتبار التسليط السابق فصار الثابت بقوله فيما يرجع
الى البيع ويتعلق به كالثابت بالبينه ولو ثبت بالبينه وغرم الثمن من ماله
كان له ان يحبس المعيب المردود حتى يستوفي الثمن من ماليته لكون قوله
معتبرا فيه وان لم يعتبر في ايجاب مال اخر على الامر وكذا ههنا لكن لا يبيعه
الوكيل بنفسه لان البيع ثانيا ليس من حقوق العقد الاول حتى يتولاه بنفسه
بل يرفع الامر الى القاضي لكونه نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه فيبيعه
القاضي ويدفع الى الوكيل دينه كما في الوكيل بقبض الثمن اذا قال قبضت الثمن
ودفعته الى الموكل او ضاع مني وكذبه الموكل ثم رد المبيع على الموكل بالعيب
لكونه هو العاقد وتعذر رجوع المشتري بالثمن عليه لعدم اعتبار قول
الوكيل عليه في ايجاب مال اخر وتعذر رجوعه على الوكيل لكونه ليس بعاقد
وكما لو كان بيع الوكيل ظاهرا ورد على الوكيل بالعيب ومات الامر او غاب
غيبه منقطعه وفي هذه الصور تعين بيع المردود في دينه باعتبار التسليط السابق
عليه وباعتبار النظر الى المستحق كذا ههنا ثم اذا باعه القاضي في دين الوكيل
وفضل شي كان الفضل للامر وان نقص كان النقص هدرا اما الاول فلان
الامر زعم ان البيع انما وجد الان وكل الثمن له والوكيل زعم انه اخذ الثمن
الثاني بدل دينه على الموكل فكانا متفقين ان الفضل للموكل واما الثاني فلان
الوكيل كما لا يصدق في ايجاب اصل الثمن على الامر فكذا لا يصدق في قدر
النقصان كيلا يتعدى اقراره بالقبض الى الرجوع على الامر بمال اخر
اذ الامر لم يسلطه على مال اخر ولهذا لو امر المالك مودعه بدفع
الوديعه الى الغير فقال دفعت صدق في حق براءه نفسه عن الضمان ولا يصدق
في حق قبض ذلك الغير حتى لا يلزمه الضمان بقول المودع لانه مسلط

من جهة المالك على براءة نفسه وليس مسلطا من جهة ذلك الغير على ايجاب
الضمان عليه وذكر في بعض الروايات ان النقص على المشتري ولا يرجع به على احد
لكن الصحيح ما ذكرناه من ان النقص على الوكيل البايع لانه انما الحقه باقراره
بالقبض واقراره حجة في حق نفسه لا في حق الرجوع على الامر بمال اخر
كما قررناه قوله والوكالة وان تثبت الى اخره اشارة الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يكون بيع المردود في الثمن للوكيل دون
القاضي اذا كان الرد فسخا مطلقا كالرد بعد القبض بقضا او قبله مطلقا
وكالرد بخيار الرويه وفساد البيع لعود قديم ملك الموكل بحقوقه وتقرير
الجواب ان يقال الوكالة وان تثبت في ضمن بنا الحقوق المفيد بجواز بيع الوكيل
المبيع المردود عليه بما هو فسخ مطلق الا ان الامر انما سلطه الامر على البيع
بثمن يسلم له فلا يتعدى حكم تسليطه الى ما عداه من البيع في ايفا دين الوكيل
قوله ضد ما لا حقوق لها كالهبة والكتابة اشارة الى الفرق بين الوكالة
بالبيع والوكالة بالهبة والكتابة حيث تعود الوكالة بعد فسخ البيع دون فسخ الهبة
والكتابة والفرق ان الوكالة لا تنتهي بالبيع بل تبقى بعد البيع حتى كان للوكيل
قبض الثمن بحكم الوكالة وتسليم المبيع والخصومة في العيب فاذا بقيت
الوكالة وانفسخ البيع جاز ان تعود الوكالة لعدم انتهايها بالبيع بخلاف الوكالة
بالهبة والكتابة لانها تنتهي بالعقد حتى لا يكون للوكيل التسليم ولا الرجوع
فلا تعود الوكالة بعد بطلانها حتى لو رجع الموكل لم يكن للوكيل ان يهب
ثانيا وكذا في الكتابة لان حقوق العقد فيها لا تتعلق بالوكيل فاذا عقد انقضت
وكالته فلا تعود بعد ذلك ص كذا ان قال الوصي بعت وقبضت الثمن وانفقته
في صغرك وهو ينكر البيع او الانفاق في الجميع لما مر وان نصبه القاضي اذ يخلف
الميت في الاستخلاف للعجز ش اي وكذا لو قال الوصي لابن الميت بعد ما كبر
بعت عبدك وقبضت ثمنه وانفقته عليك في صغرك وهو ينكر البيع او يقر به
وينكر الانفاق في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما مر من التعليل لان الوصي وكيل
بعد الوفاة فيعتبر بالوكيل حال الحياة فان قيل الوصي مسلط على ساير
اموال الميت فوجب ان يكون مصدقا في اقراره بقبض الثمن في حق مال اخر
من التركة غير المبيع قلنا نعم هو مسلط على كل التركة بشرط العوض اما بغير عوض

لكن صح

فلا

103

فلا ترى انه لا يصح اقراره بدين على الميت ولا اقراره بالانفاق من مال نفسه
فكان الوصي والوكيل في هذا الحكم سوا ولم يذكر محمد رحمه الله حكم الوصي الذي
نصبه القاضي عن الميت والجواب فيه كالجواب في وصي الميت لان القاضي خليفة
عن الميت في الاستخلاف عند حال عجزه عن ذلك بنفسه لولايته العامة ص
واذا قامت على الابن بدين يحيط بالتركة وبيعها الى القاضي لما عرف انه يمنع الفعل
ودعوى الملك يكفي لتوجه الدعوى دون التصرف فان قال ابنه الذي امره
بالبيع فيه بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدته الحاقا بالقاضي
ثم الغريم ان انكر الاعادة دون القبض كان خصما للمشتري في العيب فيغرم الثمن
لا لغريم اخر ولا شركة اذ العهدة بالعقد وهو له نفعا كما في توكيل المحجور والمكره
والشركة بالقبض وهو للميت حتى لم يسقط التوى شيا وان انكرهما كان الخصم من امره
القاضي لا بيعهما الاول بلا حقوق وبيعها للمشتري هنا او غرم الغريم في الاولى
للتعيين نظرا وسلطه كما مر مهدرا للبعض صارفا للفضل الى دين الغريم قديما وفا
بقصور السلطة كما لو ظهر مال اخر ش رجل مات واقام رجل بينة على ابنه
ان له على الميت الف درهم والالف تحيط بالتركة فبيع التركة الى القاضي دون الوارث
لما عرف من ان الدين المحيط بالتركة يمنع نقلها الى الوارث لقيام حاجة المورث
الى قضا دينه وقد عجز عن القضا بنفسه فينوب القاضي منابه نظرا له عند عجزه
وانما لم يكن للوارث بيع التركة المستغرقة في الدين مع توجه الدعوى عليه لانه
خلف الميت قايم مقامه فيما يدعى له وعليه وهو يدعي ملك التركة لنفسه ودعواه
الملك لنفسه يكفي لتوجه الدعوى عليه لان الاصل ان كل من تحققت بينه وبين
المدعي منازعة في دعوى حق لنفسه كان خصما ومن لا فلا ولا يكفي للتصرف
في التركة المستغرقة بالبيع في الدين لعدم الملك والولاية قوله فان قال
اي فلو ان امين القاضي قال بعت التركة وقبضت ثمنها وقضيت الغريم دينه
صدق سوا جحد الغريم ذلك كله ام اقر بالبيع وجحد قبضه الثمن ام اقر بقبضه
وجحد الدفع الى نفسه ولا يمين على الامين ولا عهدة الحاقا له بالقاضي لانه نايبه
ولو فعل القاضي ذلك بنفسه صدق بلا يمين ولا عهدة فكذا نايبه قال في التحرير
وامين القاضي من يقول له القاضي جعلتك امينا في بيع هذا العبد اما اذا قال
بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ رحمهم الله فيه والصحيح انه لا يلحقه

عهده ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في المأذون قوله ثم الغريم ان انكر
الايفاء الى اخره اشاره الى ان مشتري التركه اذا اطلع فيها على عيب قديم واراد
ردها فلا يخلو اما ان كان الغريم منكرا للايفاء دون قبض الامين واما ان يكون
منكرا لهما فان كان مقرا بقبض الامين منكرا الايفاء دينه كان هو الخصم في دعوى
المشتري العيب لانه ثبت قبض الثمن في حقه فلا تتعدى الخصومه مع الامين
لما ذكرنا وتعذرت مع الميت لعجزه فتعين الغريم برد المعيب عليه ويغرم الثمن
للمشتري بخلاف ما اذا ظهر للميت غريم اخر حيث لا يشارك الاول في الثمن وان صار
مقرا بقبض الامين اما ضمان الغريم الثمن للمشتري فلانه لما تعذرت ايجاب
العهده على المباشر وهو الامين كانت العهده على من يقع له منفعه العقد وهو
الغريم لان الامين باع لاجله والاصل انه متى تعذر الحاق العهده بالمباشر يلحق
بمن وقع العقد له من حيث النفع الا ترى ان البالغ اذا وكل صبيا او عبدا محجورا
او اكره انسانا على البيع او الشرا كانت العهده على الامر لتعذر ايجابها على المباشر
كذلك هنا واما عدم ضمانه لغريم اخر فلان حق المشاركه انما يثبت بقبض الدين
ولم يوجد قبض الدين حقيقه ولا حكما اقصى ما في الباب انه اقر بقبض الامين
ثمن ما باعه من التركه وامين القاضي ليس بنائب عنه لا في البيع ولا في القبض
ليكون اقراره بقبضه اقرارا بقبض نفسه حكما بل هو نائب عن الميت في البيع
لان المقبوض بدل ملك الميت ولهذا لو توى المقبوض في يد الامين لا يسقط
بتواه شيء من دين الغريم وهذا كله اذا اقر الغريم بقبض الامين وانكر الدفع اليه
واما اذا انكر القبض والدفع فلا يتعين الغريم خصما للمشتري في دعواه العيب
لان الامين باقراره بالبيع والقبض والدفع وان صدق في حق الميت الا انه
لا يصدق في الزام الغريم عهده بيعه فكان خصم المشتري في العيب من يامره
القاضي بالخصومه معه سوا كان الامين الاول ام غيره لان العقد الاول
انهى حكمه بغير حقوق فصار كما لو باع الرجل بنفسه ثم مات ولم يترك وارثا
ولا وصيا واذا نصب القاضي امينا رد المشتري المبيع بالعيب عليه قوله
ويبيع فيما للمشتري هنا الى اخره اشاره الى ان المبيع المعيب اذا رد على الامين
هنا في هذه الصوره فان القاضي يبيعه في دين المشتري وكذا في الصوره الاولى
يبيعه في الثمن الذي يستحقه الغريم وهو الذي غرمه الغريم للمشتري لتعين

البيع

البيع طريقا الى ايفاء حق المستحق من حيث النظر له والسلطه عليه كما مر ذكره
مشروحا فقيل هذا قوله مقدرا منصوب على انه حال من الضمير المستتر
العائد على القاضي في قوله ويبيعه للمشتري المعيب ويبيع القاضي المبيع المردود
بالعيب فيما للمشتري هنا او فيما غرم الغريم للمشتري في الصوره الاولى حال كون
القاضي مقدرا للنقص وحال كونه صارفا للفضل الى اخره وفيه اشاره الى
ان القاضي اذا باع المردود ونقص ثمنه عن ايفاء حق المستحق فهو هدر لا يرجع
به الغريم في الصوره الاولى ولا المشتري في الصوره الثانيه على احد وان فضل
شيء عن ايفاء حق المستحق صرفه الى دين الغريم ان كان والا صرفه الى الوارث
واعلم ان قديما في قول المصنف رحمه الله صارفا الى دين الغريم قديما اما ان يكون
حالا من الدين او من الغريم وعلى كل تقدير فهو مشكل اذ لا يجوز جعله قيدا في الدين
لان الغريم ليس له دين جديد ليكون التقييد بالقديم احترازا منه اما اذا اقر
بقبض الامين الثمن ورد المبيع عليه واخذ منه ثمنه فلان الفرض ان القاضي
باع المردود في الثمن الماخوذ منه واوفاه ذلك وفضل منه شيء واما اذا لم يقر
بالقبض فلانه لم ينتصب خصما للمشتري ولا غرم شيئا ليكون له دين جديد
وكذلك لا يجوز جعل قديما قيدا في الغريم ليكون احترازا عن غريم جديد وهو
اما المشتري الراد بالعيب او غريم اخر قد ظهر له على الميت دين اذ لا يجوز ان يراد
به المشتري لما ذكرنا من ان الثمن الثاني فضل عن دينه ولا يجوز ان يراد به غريم
اخر لان دينه ثابت كدين الغريم الاول في الاستحقاق فلا يجوز تخصيص احدهما
بصرف الفضل اليه دون الاخر فعلى هذا لا احتياج الى التقييد بالقديم في صرف
الفضل الى الغريم وهذا بخلاف ما اذا ظهر للميت مال اخر حيث كان يفيد صرفه
الى دين الغريم بكونه قديما مفيدا اما في الصوره الاولى وهي ما اذا اقر الغريم
بقبض الامين الثمن ورد المبيع عليه فباعه القاضي ولم يف ثمنه بما اخذه المشتري
منه فلان النقص دين جديد له واما في الصوره الثانيه وهي ما اذا انكر قبض
الامين ورد المبيع على من امره القاضي بالخصومه مع المشتري وبيع المردود
ولم يف ثمنه بحق المشتري فلان المشتري غريم جديد بدين جديد على الميت
غير دين الغريم اذا عرفت هذا فنقول اذا ظهر للميت مال اخر استوفى الغريم
منه دينه القديم لكونه لم يثبت استيفاؤه بقول الامين في حقه لما ذكرنا

ولم يرجع هو في الصورة الاولى ولا المشتري في الصورة الثانية بشيء من نقص
الثمن الثاني عن الثمن الاول لان ذلك من عهدة عقد الامين بناء على تصديقه
في قبض ثمن المبيع ودفعه الى الغريم ولا يلزم الميت من ذلك شيء بقول الامين
لقصور سلطنه اذ قوله انما يقبل فيما سلط عليه من بيع التركة وقبض ثمنها
لا في الرجوع بمال آخر على الميت كما في الوكيل الا ان تقر الورثة بقبض الامين
الثمن فحينئذ تظهر العهدة في حق التركة ايضا فرجع الغريم في الصورة الاولى
والمشتري في الصورة الثانية بما يستحقانه من نقصان الثمن فيما يظهر من تركة
الميت ص وان كان القاضي هو الذي قال ذلك صدق مطلقا اذ قوله حكم حتى
لم تزوج صغيرة من ابنه ولم يكن سكوته عند بيع عبده اذنا فيشترك الغريم
الثاني الاول ولا يهدر النقص كما في الثابت بالبينة ش اي وان كان القاضي
هو الذي قال بعت التركة في الدين وقبضت ثمنها ودفعته الى الغريم وانكر الغريم
ذلك كله صدق القاضي مطلقا لان قول القاضي حال ولايته حكم منه ولهذا
لو زوج الصغيرة من ابنه لا يجوز لان قضاءه لابنه باطل وكذا لو رأى القاضي
عبد الصغير يبيع ويشتري وسكت لم يكن سكوته اذنا للعبد في التجارة لان اذن
القاضي قضاء منه والقضاء لا يثبت بالسكوت واذا كان قول القاضي في حال
ولايته حكما منه يشارك الثاني الاول في الثمن ولا يهدر النقصان حتى لو وجد
المشتري بالمبيع عيبا ورد على الغريم لتعيينه خصما له مطلقا لثبوت القبض في حقه
واخذ منه الثمن ثم بيع المردود دفعا لما غرمه ونقص الثمن الثاني عن ذلك
كان للغريم الرجوع في تركة الميت بالنقص لثبوت الدين في حق الميت ايضا لان
الثابت بقول القاضي كالثابت بالبينة فلهذا يقبل قوله في الحدود الخالصة
لله تعالى مع كونها تدرأ بالشبهات وكان الثابت بكتابه كالثابت بالشهادة ولو ثبت
البيع وقبض الثمن والدفع الى الغريم بالبينة شارك الغريم الثاني الاول في المقبوض
ورجع الغريم بنقصان ما غرم للمشتري في مال الميت ولا يرجع الغريم بدينه القديم
لثبوت استيفائه بالحجة المطلقة وكذا اذا ثبت القبض بقول القاضي ثم كل جواب
عرفته في الرد بالعيب فهو الجواب في الاستحقاق لاشتراكهما في انفساخ العقد
بكل واحد منهما وكذا كل جواب عرفته في الغريم اذا صدق الامين او القاضي في
قبض الثمن او كذبه فهو الجواب في حق الصغير اذا كبر واقر بالقبض منهما او انكره

ص وان قال الوكيل قبض الآمر الثمن او غصب او استقرض من المشتري مثله
بعد العقد وانكر الآمر برئ المشتري لزعم الاقتضاء عن سلطة الانشاء كما في العكس
ولا يضمن الوكيل ان بت اليمين لجحده الغرم جازما بفعل الغير كمودع يدعي
قبض الرسول والعيال ويرجع في الثمن اذا رد بالعيب كما مر وان قال كان الآمر
غصب او استقرض المثل قبل العقد او استأجر او تزوج به بعده فكذا ابرأ
المشتري خلافا لابي يوسف لكن يضمن الوكيل ان حلف تفريعا على الابراء اذ هو
المعزول الملاقي حقه في القبض اصلا دون المقاصة لا ضمن قبض المثل المضمون
لاحقا كالوصارف او اضاف الى نفسه لهذا ثم الصرف والسلم كالغصب والقرض
لاحقا لهما سابقا وحلف الآمر لا المأمور اذ نازع سقوط الغرم لا وجوبه
عكس الاولى وزان مودع ينكر الخلاف او يدعي العود الى الوفاق ش اي وان
قال الوكيل بالبيع بعد بيعه العبد وتسليمه الى المشتري قبض الآمر الثمن او غصب
او استقرض من المشتري مثله بعد العقد وانكر الآمر ذلك برئ المشتري عن
الثمن لاقرار الوكيل باقتضاء الثمن ممن هو مسلط على انشاء الاقتضاء شرعا
كما في العكس وهو ما اذا اقر الآمر باقتضاء الوكيل ثمن المبيع اذ هناك يبرأ المشتري
لاقرار الآمر باقتضاء الثمن ممن هو مسلط على انشاء الاقتضاء شرعا كذا هذا ولا يضمن
الوكيل للآمر شيئا من الثمن لانه مسلط من جهة الموكل على قبض الثمن فكان
امينا فيه وقد ادعى وصول الامانة الى صاحبها من يد من هو متصل به فيكون
القول قوله لكن مع يمينه على البتات اما اليمين فلانه وان كان مدعيا صورة
الا انه جاحد للغرم من حيث المعنى لان الآمر يقول انك استهلكت مالي باقرارك
الكاذب فيلزمك الغرم وهو يجحد واما تحليفه على البتات وان كان يحلف
على فعل الغير فلكونه جازما بفعل الموكل وهو القبض والغصب والقرض
خلاف ما ذكرنا في الباب الذي قبل هذا ان الوكيل المأمور بالزيادة
من ماله الى خمسمائة اذا اشترى وقال زدت وانكر الآمر لان الآمر هناك
ليس جازما بفعل الوكيل لانه لم يعلم انه زاد لانه يقول لا علم لي بالزيادة
اما هنا الوكيل جازم بفعل الموكل فيحلف على البتات كالمودع يدعي
ان رسول المالك او من في عياله قبض الوديعة وهناك يحلف على البتات
فكذا هنا قوله ويرجع في الثمن الى آخره اشارة الى ان المشتري لو اطلع

على عيب في العبد ورده على بايعه بقضا القاضي ضمن الثمن من ماله ولا يرجع
على الامر لان الامر لم يسلطه على مال اخر غير العبد بل يبيع القاضي العبد
لنفسه من حيث النظر والسلطة كالامر بل هذا اشبه فاذا باعه واوفى الوكيل
ما غرم للمشتري من الثمن وفضل شي كان ذلك للامر لانه بدل ملكه وان نقص
لم يرجع بالنقص على احد ما قررناه هذا كله اذا اضاف الوكيل غصب الامر على صح
او استقراضه من المشتري الى وقت بعد العقد واما اذا اضافهما الى وقت
قبل العقد او قال ان الامر استاجر المشتري به بعد العقد على عمل واوفاه
ذلك العمل او قال كان المشتري امراة فتزوجها الامر به بعد العقد ودخل
بها وهي مقرة بذلك فكذلك الجواب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله لكن هنا يضمن الوكيل الثمن عندهما ان حلف الامر
على ما ادعاه الوكيل لان الامر لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف قوله
تفريعا على الابرا الى اخره اشارة الى ان الخلاف بين ابي يوسف رحمه الله وصاحبيه
رحمهما الله في هذه المسيلة بنا على اختلافهم في صحة ابرا الوكيل بالبيع المشتري
عن الثمن لان دين الغصب والقرض اذا كان قبل البيع كان دين الثمن قضا
عنه لما عرف من ان اخر الدينين يكون قضا عن اولهما فيكون صاحب اخر الدينين
قاضيا بطريق المقاصة لا مقتضيا لان القضا لا يسبق الوجوب واذا كان كذلك
فيكون اقرار الوكيل بالقرض والغصب الموجود من الامر قبل البيع ابرارا
منه ببراة المشتري عن الثمن بطريق المقاصة وهو يملك الابرا لانه هو العاقد
له لكونه بلا في حقه في قبض الثمن الثابت له بطريق الاصالة لما عرف من انه
اصيل في حقوق العقد وقبض الثمن منها ولا يملك المقاصة بدين الموكل مطلقا
بل يملكها في ضمن اقراره بقبض الامر مثل الثمن المضمون على الامر لاحقا
بعد وجوب الثمن على المشتري لانه اقرار بالاقتضا وهو مسلط عليه دون
المثل المضمون عليه سابقا على وجوب الثمن لانه اقرار بالقضا وهو ليس
مسلطا على قضا دين الموكل فصار كما لو صارف الوكيل المشتري بعد ان
الثمن من حيث ان الصرف ان كان بعد البيع برى المشتري بالاتفاق
ولا يكون الثمن مضمونا على الوكيل بل امانة في يده حتى لو ضاع من يده
لم يغرمه لان مصارفته حينيذ اقتضا لدين الثمن وهو مسلط عليه وان كان

الصرف قبل البيع برى المشتري عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ويضمن الثمن
لان مصارفته حينيذ قضا لدين نفسه من من مال الامر وهو غير مسلط عليه
وكذا لو اضاف الوكيل الغصب او القرض الى نفسه بان قال غصبت انا او استقرضت
من المشتري من حيث انه ان اسنده الى وقت بعد البيع برى المشتري ولا ضمان
على الوكيل بالاتفاق لكونه اقرارا بما هو مسلط عليه من الاقتضا في ضمن المقاصة وان
اسنده الى وقت قبل البيع برى المشتري عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله
ويضمن الوكيل الثمن لكونه اقرارا بقضا دين نفسه من مال الامر وهو غير مسلط
عليه ولهذا المعنى الذي ذكرناه تم عقد الصرف والسلم بالغصب او القرض الموجود
لاحقا بعدهما لا بالغصب والقرض سابقا عليهما حتى لو اشترى دينارا بعشرة
دراهم وسلمها ثم غصبه او استقرض من المشتري دينارا او اسلم عشرة في كر حنطة
وسط ولم يسلم العشرة حتى غصب منه المسلم اليه او استقرض عشرة تم عقد
الصرف في الاول وعقد السلم في الثاني لان دين الغصب والقرض اخر الدينين
فيكون صاحبه قاضيا ويكون الغاصب والمستقرض مقتضيا دين الصرف والسلم
فيتم العقد الموجود لوجود شرطه وهو قبض دين الصرف والسلم في المجلس
بخلاف ما لو كان الغصب او القرض سابقا على عقد الصرف والسلم لان دينهما
حينيذ يكون اول الدينين فيكون صاحبه مقتضيا دينه ويكون الغاصب والمستقرض
قاضيا فلا يتحقق شرط صحة عقد الصرف والسلم وهو قبض دين الصرف
والسلم في المجلس هذا كله فيما اذا اقر الوكيل ان الامر غصب او استقرض قبل
البيع واما اذا اقر بانه استاجر المشتري بالثمن على عمل يعمله له واوفاه
العمل او انه تزوج المشترية بالثمن ودخل بها وصدقته المراة في ذلك
فسوا فيه اسناد الاقرار الى وقت قبل البيع ام بعده كما اشار اليه المصنف
رحمه الله لان اقرار الوكيل بذلك ليس اقرارا بالاقتضا وان كان بعد العقد
اذ ليس هو قبض عين مضمون من جنس الدين فلم يكن مسلطا على الاقرار
به فكان اقرارا بابراة المشتري عن الثمن فيبرا عندهما خلافا لابي يوسف
رحمه الله ويضمن الثمن قوله ويحلف الامر لا المامور الى اخره اشارة
الى الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى من حيث ان اليمين في هذه
الصورة يلزم الامر عندهما وفي الصورة الاولى وهي ما اذا اقر بغصب الامر

او استقراضه بعد البيع يكون اليمين على المأمور والفرق ان فى هذه الصوره
تنازع الامر والمامور فى سقوط الغرم عن الوكيل بعد اقراره بسبب وجوبه
الا يرى ان الوكيل لو اقر على نفسه بذلك وجب الضمان عليه فكذا اذا اقر
على موكله وقد ادعى ما يسقط الغرم عنه وهو مقاصه الامر والامر ينكر
فيكون القول قوله مع اليمين وفى الصوره الاولى الامر بالعكس لانهما تنازعا
فى وجوب الغرم على الوكيل لان الوكيل لم يقر بسبب وجوب الضمان
الا يرى انه لو اقر على نفسه بذلك لا يلزمه الضمان ولهذا لو قال غصبت
من المشترى الفا بعد البيع وضاعت كان ذلك قضا عن الثمن ولا ضمان عليه
فى ضياعها واذا لم يصر مقرا بسبب الضمان والامر يدعى عليه الضمان وهو ينكر
فيكون القول قوله مع اليمين قوله وزان مودع ينكر الخلاف الى اخره
اشاره الى نظير كل واحده من الصورتين فنظير التنازع فى وجوب الغرم
اذا هلكت الوديعه فتنازع المالك والمودع فقال المالك خالفت فيها ثم هلكت
ولى عليك الضمان والمودع ينكر الخلاف كان القول قوله لانه ينكر ما ادعاه
المالك من وجوب الضمان عليه ونظير التنازع فى سقوط الغرم بعد وجوبه
ما اذا اتفقا على الخلاف فى الوديعه والمودع يدعى العود الى الوفاق قبل هلاكها
وسقوط الضمان عنه والمالك ينكر فكان القول له مع اليمين ص وان كان
الامر شريكا فى المبيع فاقراره بقبض البايع يبرى المشترى عن نصفه قاطعا
شركته عن نصف البايع ان حلف لزعمه اقتضا صحيحا والعكس يبرى غير قاطع
رد الدعوى الاختصاص فيما لا سلطه فالتهمه موجبا حلفهما حسب تعدد الدعوى
والجحد غير موجب غرما قبل النكول لانه ما ابرا بل اضاف الى الغير كما فى
العتق على ايه براه القبض ش اى وان كان الامر بالبيع شريكا للمامور
بان كانت جاريه بين رجلين امر احدهما شريكه ببيعها فباعها بالف درهم
ثم ان الامر اقر بان الشريك البايع قبض الثمن فاقراره بذلك يبرى المشترى
عن نصف الثمن وينقطع حقه عن مشاركه الشريك البايع فى نصف الثمن الاخر
ان حلف البايع بالله انه ما قبض الثمن ولا شيا منه اما براه المشترى
فلان الامر اقر بما يوجب براته وهو يملك الابرا عن نصيب نفسه قصدا
فكذا الابراه ضمنا واما انقطاع حقه فى المشاركه فلان الامر زعم ان البايع قد

اقتضى

اقتضى الثمن من المشترى اقتضا صحيحا وذلك الزعم يتضمن امرين احدهما ان
ما يقبضه البايع ثانيا من نصف الثمن ظلم فيكون اقرارا بعدم حقه فى مشاركته
فيه والامر الثانى ان ما يستحقه من نصف الثمن كان امانه عند البايع وانه
منعه بانكاره فصار ضامنا والبايع ينكر ذلك فيكون للامر تحليفه عليه فان حلف
برى وان نكل غرم قوله والعكس يبرى غير قاطع الى اخره اى وعكس ما ذكر
من الصوره وهو ما اذا اقر البايع ان الامر قبض الثمن يبرى المشترى
ايضا عن نصف الثمن لما ذكرنا لكنه لا يقطع حق الامر عن مشاركه البايع
فيما يقبضه من نصف الثمن بل يكون ذلك بينه وبين الامر لان بحسب زعم البايع
ان الامر قبض الثمن امرين احدهما دعوى براه المشترى عن نصف الثمن
مع براه نفسه عن ضمانه وهو مسلط على ذلك فيقبل قوله فيه ودعوى اختصاصه
بما بقى من نصف الثمن وهو غير مسلط عليه فيرد قوله للتهمه قوله موجبا
اسم فاعل من اوجب وهو منصوب على انه حال من الضمير المستتر فى قوله
يبرى العائد على العكس المقدر والعكس وهو ما اذا اقر الشريك البايع
ان الامر قبض الثمن يبرى المشترى حال كونه غير قاطع حق الامر عن
مشاركه البايع فى نصف الثمن الباقى وحال كونه موجبا لحلف كل واحد منهما
على دعوى صاحبه حسب تعدد الدعوى اعلم ان فى هذه المسيله ثلث
روايات احداها اشار محمد رحمه الله فيها الى ان للامر تحليف الشريك البايع
حيث ذكر استحلاف شريكه بالله لقد قبضت انا الثمن كما ادعيته على لانه
يدعى ان البايع كان امينا فى حصته فاذا قال البايع له انك قبضت حصتك
كان كقول المودع للمالك قبضت انت الوديعه من منزلى والمالك ينكر هلاك
القول قول الامين لانكاره ما يدعيه المالك عليه من الضمان فكذا هنا
فان حلف البايع برى عن الدعوى وكان ما يقبضه من المشترى مشتركا
بينهما ولم يضمن من النصف الذى برى منه المشترى شيا وان نكل صار مقرا
ان الامر لم يقبض شيا وان نصيب الامر توى باقراره فيضمن له تمام نصيبه
واشار فى الروايه الثانيه الى ان للبايع تحليف الشريك الامر حيث ذكر
استحلاف شريكه بالله ما قبضت انت الثمن ولا شيا منه لان البايع يدعى عليه
امرا لو اقر به لزمه وهو انقطاع حقه فى مشاركه البايع فيما يقبضه لنفسه

فان حلف الامر برئ وكان له ان يشارك البائع في المقبوض من المشتري كما ذكرنا
وان نكل لا يشاركه وذكر في الرواية الثالثة انه يحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه فالمراد وهو الاصح لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه كما بيناه ومن نكل
لزمه دعوى صاحبه كما قررناه **قوله** والجحد غير موجب غرما قبل النكول
الى اخره اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يكون
للامر استحلاف الشريك البائع لان فائدة الاستحلاف النكول الذي هو بمنزلة
الاقرار الموجب لثبوت ما يدعيه الامر عليه من ضمان نصيبه والضمان حاصل
بمجرد جحود الامر ما اقر به شريكه البائع من قبض الثمن على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان الوكيل وان ملك ابرا المشتري عن الثمن الا انه يضمن
للامر واما على قول ابي يوسف رحمه الله فلا يصح لان الاصل انه في كل موضع
يضمن الوكيل عندهما لا يبرا المشتري عند ابي يوسف رحمه الله فلا فائدة
في تحليفه عليه وتقرير الجواب ان يقال الشريك البائع ما ابرا ما ابرا المشتري
قصدا وانما اقر ببراءته مضافا الى غيره وهو الامر حيث اقر انه قبض الثمن من
المشتري وذلك غير موجب للضمان عليه وان جحد الامر ما اقر به بمنزلة
ما لو ادعى احد الشريكين على شريكه اعتاق العبد المشترك وهناك لا يضمن
المدعي لما عرف وان جحد شريكه فكذلك هنا لكن الامر بجحوده يزعم وجوب
الضمان عليه لما ذكرنا انه كان امينا وقد منع الامانة باقراره بقبض المالك
فكان له تحليفه فاذا نكل ظهر ان الضمان عليه على انا نقول بان اقرار البائع
بقبض الامر الثمن وان كان ابرا للمشتري عن نصف الثمن الا ان ذلك
اقرار منه ببراءته من جهة القبض والاستيفاء لا من جهة الاسقاط المحض
ولهذا كان ابرا صحيحا عند ابي يوسف رحمه الله ايضا واذا كان كذلك لم يكن
بجحود الامر ذلك الاقرار موجبا للضمان على الشريك البائع ما لم يستحلفه
الامر فينكل عن اليمين كما قررناه والله اعلم **باب ضمان**
الوكيل اي كفل الوكيل ثمن ما باع لم يجز لان الدين له اصلا بحيث انه يثبت للامر
بالعكس مثلا الى يحد يده بحق القبض ايلا امانة بالقبض فالضمان لنفسه او على
الامين كالمودع والمستعير والمضارب ثم الملزم زائد والغير عبث واندفع ضمان
المهر والوكيل بالقبض لاندفاع التنافي بصرف الحقوق عن الوكيل او عزله

قبل

قبل اللزوم واعتبر نقض النهي والابرا وان ادى بغير ضمان جاز بلا رجوع
اذ تم تبرعه بلا امر واضطرار وجاز في بدل الكتابة بتبرع به ولا يتكفل
وكيل باع وكفل عن المشتري بثمن ما باعه لم يجز لان دين الثمن للوكيل اصلا
بالنظر الى يحد يده بانه حق القبض وحق القبض من حقوق العقد والوكيل
فيها اصيل كانه عقد لنفسه ولهذا احنث من ينفي كونه دين الثمن له ومن
نفسه للامر بالعكس الا يرى ان المشتري اذا حلف انه لا شي للوكيل عليه كان
حانثا ولو حلف انه لا شي عليه للامر كان بارا في يمينه لكن الدين المذكور
يؤول امانة في يد الوكيل عند قبضه ولهذا لو هلك في يده لا يضمنه واذا
كان كذلك فنقول بالنظر الى الحال يكون ضمان الوكيل لنفسه لما قلنا من ان حق
القبض له اصلا وبالنظر الى المال يكون اشتراط الضمان على الامين وكل ذلك
غير جائز لما فيه من التضاد والتنافي اما الضمان لنفسه فلانه لو صح لصار
طالبا من نفسه ومطلوبا لنفسه قاضيا ومقتضيا في حال واحد واما اشتراط
الضمان على الامين فلانه لو صح لصار امينا وضمينا في حال واحد فلا يجوز
كاشتراط الضمان على المودع والمستعير والمضارب ثم نقول اشتراط
الضمان على الوكيل لو صح لا يخلو اما ان يكون ملتزما للضمان على الوكيل
او لا يكون فان كان ملتزما كان شرطا زائدا على ما تقتضيه الكفالة اذ هي
تقتضي تحمل ما على الاصيل لا امرا زائدا عنه واللزوم هنا امر زائد اذ لا يلزم
الاصيل وهو المشتري ان يدفع الثمن الى الامر فلذلك وجب ان لا يلزم
الكفيل والا كان تغييرا لمقتضى عقد الكفالة واما اذا لم يكن ملتزما كان
اشتراط الضمان عبثا لا فائدة فيه اذ الحال يكون بعد الضمان كالحال قبله
قوله واندفع ضمان المهر الى اخره اي واندفع بما اشار اليه من العلة
ضمان وكيل الزوج المهر في النكاح وضمان الوكيل بقبض ثمن ما باعه الامر
بنفسه لاندفاع التنافي اللازم عن ضمان المرء لنفسه او اشتراط الضمان
على الامين اما الاول فلان الحقوق منصرفة عن الوكيل لكونه سفيرا
ومعبرا وهذا في وكيل النكاح ظاهر وكذا في وكيل القبض لان الثمن ليس
له بوجه ما فلو صح الضمان لا يصير ضامنا لنفسه ولا يؤدي الى التنافي واما
الثاني فلان الوكيل في الصورتين نايب محض لما ذكرنا وكالته لا توصف

باللزوم قبل القبض لعدم حصول المقصود منها فكانت قابلة للنقض فاذا اقدم
الوكيل بالقبض على الكفالة وقبل الامر مع علمه تنافي العقدين حيث كان موجب
احدهما كون المال امانة في يده وموجب الاخر كونه مضمونا عليه كان قبوله
عزلا للوكيل اما الوكيل بالبيع فهو مالك للثمن في حق القبض والمطالبة
ولا يملك الامر عزله للزوم وكالته بعد البيع حيث حصل المقصود وهو البيع
منها قوله واعتبر نقض النهي والابرا اشاره الى ما يوضح الفرق بين
الوكيلين وهو ما اذا نص الامر على النهي عن القبض ونص الوكيل
على ابرا المشتري عن الثمن حيث كان نهي الامر الوكيل بالبيع عن القبض
هدرا للزوم تصرفه وكان نهيه الوكيل عن القبض معتبرا لعدم لزوم
تصرفه وحيث كان ابرا وكيل البيع عن الثمن معتبرا لملكه حقوق العقد
والابرا من الحقوق وكان ابرا وكيل القبض هدرا لعدم ملكه شيئا من الحقوق
واعلم ان حكم الاب في ضمان مهر ابنته في النكاح حكم الوكيل اما اذا كانت
كبيرة فظاهر لانه كالاجنبي ولهذا صح نهيها اياه عن قبض المهر واما اذا كانت
صغيرة فقال في التحرير بانه قام مقام شخصين كما في البيع قال ولهذا يصح نهيها
بعد البلوغ فالتحق بالاجنبي وذكر في الذخيرة بان الاب هو المخصوص من بين
ساير الناس بكونه امينا وضمينا في مال ولده ويكون امينا وضمينا في حالة واحدة
يكون امينا في القبض ضمينا في التسليم اما الوكيل لا يجوز ان يكون ضمينا وامينا
الا ترى ان الوكيل لا يملك البيع من نفسه وان نص عليه الموكل انتهى كلامه
هذا كله حكم الوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن واما اذا ادى الثمن من مال نفسه
بغير ضمان جاز وسلم المال للامر وبرى المشتري ولم يرجع الوكيل عليه بشي
من ذلك لانه متبرع ومتفضل الوكيل من غير ان يومر به او يضطر فيه
وليس من شرط صحة القضا تبرعا وتفضلا ان يكون المال واجبا على وجه
تصح الكفالة به وينظر الى هذا بدل الكتابة من حيث انه يجوز التبرع
باداته عن المكاتب ولا يجوز الكفالة به ص كذا ان صالح عنه على ماله جاز
ام لا لانه ابقا صونا لمعنى الحط والاغماض بدليل ملكية المتوسط والمنكر
الا ان يشترط ملك الثمن لانه صار بيعا ترجيحا للمعنى وفسد لتمليك الدين
من غير من عليه ضد الكفيل اذ الشرط لو كان الحلول في دينه تقتضي الكفالة

بالقبض صح

دون التمليك واعتبر نقض البيع فيهما ش اي وكذا يجوز الصلح ويبرا
المشتري من غير رجوع عليه لو صالح الوكيل الامر عن الثمن على مال نفسه
سوا كان ذلك المال مجانسا للثمن ام لا لان الصلح عن الدين ابقا للدين حكما
اذ موضوعه التجوز بدون الحق فكان قضا للدين حكما صونا لما يقتضيه لفظ
الصلح من الحط والاغماض وليس هو مبايعة ولا يقتضي ضمانا لا محالة بدليل
تمكن المتوسط والمدعا عليه المنكر من الصلح مع المدعي ولو كان الصلح مبايعة
لم يصح مع المتوسط لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين ولا مع
المنكر لعدم الدين في زعمه ولهذا لو ادعى دارا فانكر المدعا عليه ثم صالحه
على بدل فاستحق البدل او هلك قبل التسليم او رد بعيب يرجع الى اصل الدعوى
ولا يجعل اقدامه على الصلح اقرارا بكون الدار للمدعي بخلاف ما لو اشتراها
والمسئلة بحالها حيث يكون الدار للمدعي لان اقدام المدعا عليه على الشرا اقرار
بملك المدعي فان قيل وجب ان لا يصح الصلح من الوكيل وان كان ابقا حكما
لان الوكيل بمنزلة المالك في حق الحقوق والمالك اذا تبرع على نفسه بقضا
الدين عن غيره لم يصح لتضاد بين كونه قاضيا ومقتضيا في وقت واحد
قلنا ذلك هنا قلنا الوكيل بالبيع بمنزلة المالك للثمن لكن من وجه دون وجه
اذ هو كالمالك في حق الحقوق دون غيرها ولهذا لا يصح ابراوه المشتري
عن الثمن عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما ان صح ابراوه لكنه يضمن للامر
ولو كان مالكا مطلقا لم تجز كفالته ولا قضاوه ولو لم يكن مالكا جاز قضاوه
وكفالته فلكونه مالكا لم تجز كفالته ولكونه غير مالك جاز قضاوه عملا بهما
جميعا والعمل على هذا الوجه اولى من العكس لانا لو عملنا بكونه غير مالك
من وجه في حق الكفالة حتى جازت لزمنا ان نعمل به في حق القضا
لان القضا اسرع ثبوتا من الكفالة اما لو عملنا بكونه مالكا في حق الكفالة
لا يلزمنا العمل به في حق القضا لما ذكرنا انه اسرع ثبوتا الا ترى ان الكفالة
ببدل الكتابة لا يجوز والقضا جائز وكذا الكفالة بالدين المشترك من احد
الشريكين لا يجوز والقضا جائز فكان ما قلناه اولى صيانة عن تعطيل الشبهين
قوله الا ان يشترط ملك الثمن الى اخره استثنا من جواز الصلح التقدير
كذا يجوز الصلح ان صالح الوكيل عن الثمن على ماله الا ان يشترط الوكيل في الصلح

بملك الثمن عوضا عما صالح عليه فيفسد لا يجوز لانه ان كان صلحا من حيث اللفظ
الا انه مبادلة من حيث المعنى فجعل بيعا ترجيحا للمعنى لان العبرة للمعاني الا ترى
ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة
اعتبارا للمعنى دون اللفظ كذا هذا واذا صار الصلح بيعا فسد لتمليك الدين
وهو الثمن الذي في ذمة المشتري لغير من عليه الدين وهو الوكيل وهذا
بخلاف صلح الكفيل مع رب الدين بشرط تملك الدين الذي في ذمة الاصيل
حيث يجوز لان شرط تملك الدين لا يفيد تملكه اذ دين الكفيل ثابت على الاصيل
بدونه لما عرف من ان الكفالة توجب دينين دين حال للطالب على الكفيل
ودين للكفيل على الاصيل لكنه دين موجل الى وقت ادايه عنه واذا كان كذلك
كان ذكر الكفيل في الصلح شرط التمليك لتاكيده حلول دينه الثابت له مقتضى
الكفالة لا للتمليك فلم يكن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين فصح واعتبر
ما قلنا في المسئلتين بما لو نص على البيع في كل واحدة منهما فانه لو نص على
البيع بان قال الوكيل للامر بعتك هذا العبد بما لك على المشتري من الثمن
لم يجز لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين ولو قال الكفيل لرب
الدين بعتك هذا العبد بما لك على الاصيل جاز لانه ليس فيه تمليك الدين
من غير من عليه الدين لان الكفيل كان مالكا للدين الذي في ذمة الاصيل
قبل البيع فلم يفد اضافة البيع اليه الا تاكيد الحلول كما قررنا ه وكذا اذا اتى
بالبيع من حيث المعنى بالطريق الاولى ص وان احال المشتري الامر
على الوكيل لم يجز للامر في كفالته وان احال الوكيل الامر على المشتري
جاز حملا على الامر بالقبض اذ الزايد عكس شرط التحويل ثابت للمحال
دون المحيل ش اي وان احال المشتري الامر على الوكيل بالثمن لم تجز
الحوالة للامر في كفالة الوكيل بالثمن من انه بمنزلة المالك فلو صحت الحوالة
لصار ضامنا للثمن فيودي الى ضمان الوكيل لنفسه او الى اشتراط الضمان
على الامين ومن انه ان كانت الحوالة ملزمة لضمان الثمن على الوكيل كان
اللزوم امرا زايدا على دين المحيل وهو المشتري لانه لا يجبر على الدفع الى
الامر فكيف يجبر المحال عليه وهو الوكيل وان لم تكن الحوالة ملزمة كان
وجودها كعدمها فيكون عبثا ولا يقال بان قبول الحوالة ابرا فاذا احال الامر

على الوكيل بالثمن فقد ابرا المشتري فوجب ان يصح لانا نقول الامر وان كان له
ولاية الابرا الا انه ما ابرا المشتري مطلقا بل بشرط ان ينتقل الثمن من ذمة
المشتري الى ذمة الوكيل فاذا لم يثبت الشرط لا يثبت الابرا هذا اذا احال
المشتري الامر على الوكيل واما اذا احال الوكيل الامر بالثمن على المشتري
فيجوز اذا قبل المشتري لكن تكون الحوالة امرا بالقبض لا غير وهي حوالة
مطالبة وقبض لا حوالة ملك لان الزايد على الامر بالقبض من مقتضى لفظ
الحوالة وهو التحويل شرطه كون الملك ثابتا للمحيل دون المحال ليتصور نقله
منه اليه وملك الدين في مسئلتنا بالعكس من ذلك لانه ثابت للمحال وهو الامر
دون المحيل وهو الوكيل فلم يتحقق شرط صحة الوصف الزايد من مقتضى لفظ
الحوالة فحمل على الوكالة بالقبض لان حق القبض للوكيل بحكم العقد والموكل
بمنزلة الاجنبي فجاز ان يوكله به ويجوز حمل الحوالة على الوكالة قال محمد
رحمه الله في المضاربة اذا كان المال ديونا على الناس وامتنع المضارب عن الاستيفا
يقال له احل رب المال على الغرما اي وكله وفوض اليه المطالبة والقبض
واذا صحت الحوالة فلا يكون للمشتري ان يمتنع من ادا الثمن الى الوكيل
لانه عاقد ولا الى الامر لانه وكيل العاقد بالقبض والى ايهما ادى الثمن برى منه
ص وان نهاه الامر قبل البيع او بعده عن التسليم حتى يقبض الثمن لغى النهي
ان كانت العين في يده حتى لو سلم لم يسترده الامر وان نوى الثمن على
المشتري لم يغرمه الوكيل خلافا لابي يوسف تفريعا على الابرا تفاديا عن
الاتلاف ثم والتاكيد هنا او ترجيحا لجهة الاصالة في الحقوق بتمام التسليط
بدا كما في كسب الماذون وصح ان كان في يد الامر قديما او معادا من الوكيل
لفقد التسليط او نقضه او ترجيحا من حاجة الحبس والخلاص عن العهدة ه
بالسبق والبذل كمودع باع الوديعة او شراها اذ يستقر قبضه بالوصول
اليها وحبس المولى يسبق المبيع ولا يصير غاصبا بالاخذ بعد البيع لحاجة من
يسترده الامر الا في بيع الاجل كالمباشر ويصير غاصبا بالاخذ قبله لفقد
الامر والحاجة فيتلف عنده بالقيمة ولو بعد البيع لفقد التاني كما في توكيل
الغاصب وفي تخيير المشتري لقيام الخلف او ثبت الفسخ حذار بيع الدين
ممن الاسناد الى سببه السابق ترددا عند المشتري بالثمن لتنافي بين البدين

والضمانين كما بعد الاسترداد وان نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن او يحضر الشهود
او زيد صح النهي ولا ينفذ البيع قبل القبض والحضور لان النهي لاقا حق نفسه
لا الوكيل ترجيحا لجهة النيابة في البيع او تقييد لها بالصفة حتى لو قال بع عبدا
او بنقد او من زيد لم ينفذ بيعه العروض بعد غد ولا نسأ ولا من عمرو ضد
اشتر من زيد وبع بشهود يتقيد بها في رأي وثم بالالصاق ضد بع واشهد لعطف
التقدم ضد بع وخذ رهنا او كفيلا او واشترط لي الخيار والقيد العاطل لغو
والمعمد حتم والوسط ان اكد بالنهي فكالثاني والا فكالاول وان نهاه عن القبض
حتى يحضر الشهود او زيد لغا النهي وجاز القبض عند الغيبة للعكس
الا في الوكيل بالقبض لعكس العكس والحرف الجامع للفرق والنوم ترجيح جهة
النيابة في البيع والاصالة في الحقوق ش رجل امر رجلا ببيع عبده ثم نهاه
اما عن التسليم او البيع او قبض الثمن الا بصفة فهذه ثلثة اقسام القسم الاول
اذا نهاه عن التسليم الى المشتري حتى يقبض الثمن فلا يخلو اما ان كان العبد
في يد الوكيل او في يد الآمر فان كان في يد الوكيل لم يصح النهي وكان لغوا
سوا كان النهي قبل بيع الوكيل ام بعده حتى لو سلمه الوكيل الى المشتري
لم يكن للامر ان يسترده منه وان توي الثمن على المشتري لم يغرمه الوكيل
عند محمد رحمه الله وهو قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يعتبر نهيه وللامر ان يسترده ولو توي الثمن على المشتري
غرمه الوكيل ورجع بالغرم على المشتري والخلاف بينهم اما ان يكون
تفريعا على اختلافهم في مسئلة الابرا كما قال بعضهم واما ان يكون بنا
على اختلافهم في ترجيح جهة الاصالة او جهة النيابة فهذان فصلان اما
الفصل الاول فنقول وجه البنا انه انما يملك حبس المبيع عن المشتري
لاجل استيفا الثمن فاذا كان له ابطال حق الاستيفا بالابرا عندهما خلافا
لابي يوسف كان له ابطال حق الحبس بالتسليم لان حق الحبس لاجل استيفا
الثمن قوله بعارض الاتلاف ثم والتاكيد هنا اشارة الى الفرق بين ابرا
الوكيل عن الثمن وبين تسليمه المبيع الى المشتري من وجه اخر على قولهما
حيث يضمن الثمن للامر في الابرا دون تسليم المبيع الى المشتري نبه المصنف
رحمه الله عليه والفرق ان الابرا اتلاف للثمن على الامر فكان جانيا عليه فيضمنه

للامر والتسليم تاكيد للثمن على المشتري فلا يكون فيه جانيا على الامر فلا يلزمه الضمان
واما الفصل الثاني فنقول لما كانت جهة الاصالة وجهة النيابة في تصرف
الوكيل متعارضين بالاتفاق وتعذر الجمع بينهما للتضاد وجب الترجيح فابو يوسف
رحمه الله رجح جهة النيابة لان الوكيل نايب في اصل العقد وحكمه لانه يملكه
بتفويضه وحقوق العقد تابعة له فوجب ان يكون نايبا في حقوقه ايضا كيلا يخالف
التابع متبوعه ولا يقال لو كان نايبا لصح منع الموكل اياه عن تسليم المبيع اصلا بحيث
لم يصح بالاجماع علم انه اصل لا نايب لانا نقول انما لم يصح منعه عن تسليم المبيع
الى المشتري لا لكونه نايبا بل لتعلق حق الغير وهو المشتري به الا ترى ان الراهن
لا يملك عزل العدل عن البيع مع انه نايب عنه لما فيه من تعلق حق الغير وهو المرتهن
به كذا هذا وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يرجحان جهة الاصالة في التسليم لان
التوكيل تمليك للامر من الوكيل بتفويض الراي اليه فيكون نايبا باعتبار كونه
عاملا لمصلحة الغير مالكا باعتبار كونه عاملا برأي نفسه فجعلناه نايبا في حق ما يرجع
نفعه فيه الى مصلحة الامر كاصل العقد وحكمه مالكا فيما وراء ذلك وهي الحقوق
وتسليم المبيع الى المشتري من الحقوق فاذا سلطه على البيع وباع صار التسليم مستحقا
عليه وقد تم تسليط الامر اياه باثبات السبب الذي تمكن به من التسليم وهو اليد
بدفع العبد اليه فلا يعتبر نهيه عن التسليم بعد ذلك كما لا يعتبر نهي المولى
عبده المأذون له عن بيع ما في يده من الكسب لانه نهاه بعد تمام التسليط
مع قيام السبب الذي تمكن به من البيع وهو الاذن السابق وما استشهد به
ابو يوسف رحمه الله من مسئلة الرهن ممنوع لان العدل نايب المرتهن فلهذا
صح الرهن بقبضه ولم يوجد من المرتهن تسليط له على الدفع الى الراهن فاذا دفع
اليه كان ضامنا هذا كله اذا كان العبد المامور ببيعه في يد الوكيل واما
اذا كان في يد الامر فلما ان لم يكن دفعه الى الوكيل اصلا او كان في يده فعاد
اليه من الوكيل بان كان سلمه الى الوكيل ثم استرده منه فلا يلغو نهي الامر
الوكيل عن التسليم الى المشتري قبل قبض الثمن لفقد التسليط على التسليم في الوجه
الاول او لنقضه بعد وجوده في الوجه الثاني او نقول لما تعارضت حاجة
الامر في الحبس ليصل الى الثمن وحاجة الوكيل في التسليم الى المشتري ليتخلص
نفسه عن عهدة ما لزمه بعقد البيع رجحنا بالسبق واليد فقلنا ان كان المبيع في يد
الامر يعتبر حاجة الامر في الحبس لسبقه وثبوت يده الحسية عليه وان كان في يد

الوكيل يعتبر حاجته في التسليم الى المشتري لسبقه وثبوت يده التي تم التسليط
بها الا ترى ان المودَع اذا باع الوديعة بامر المالك او اشتراها لنفسه منه واراد
المالك ان يستردها ليحبسها بالثمن من حيث انه يستقر قبض المودع بالوصول
اليها حتى لا يعتبر نهي المالك عن التسليم الى المشتري في الصورة الاولى ولا يملك
استردادها في الصورة الثانية ترجيحا لحاجة المودع بالسبق واليد ومن حيث
انه يستقر حبس المولى المالك بسبق منعه المودع منها بان سبق المالك واخذ
الوديعة من منزل المودع قبل ان يصل المودع اليها ترجيحا لحاجة الامر بالسبق
واليد ثم الايداع في الصورة الثانية وان بطل بشرا المودع لاستحالة كونه
مودَعا في ملك نفسه الا ان امر المالك بالقبض لاثبات اليد عليها باق لان ابتدا
ذلك من المالك البائع صحيح كما لو اودعه بعد الشرا وهناك لا يبقى للبائع حق الاسترداد
فكذلك هنا وقول المصنف رحمه الله كمودع باع الوديعة او شراها بمعنى
اشتراها كما بيناه لان شرى بمعنى باع وتجي بمعنى اشترى وهو من الاضداد
ثم في الصورة الثانية لو نهاه البائع عن القبض قبل ان يرجع الى بيته حتى يعطيه
الثمن فنهيه باطل حتى لو رجع وقبض لم يكن للبائع حق الاسترداد وهذا لان
تأييده عليه بالتسليط اذن بالقبض دلالة من جهة الفعل ونهيه قول والقول
لا يرفع الفعل كما اذا استرد الرهن بالقول فان ضمانه لا يرتفع لان الضمان وجب بالفعل
فلا يرتفع الا بالرد والى هذا اشار في الكتاب حيث قال لان النهي لا يخرج الجارية
كما يخرجها اخذ البائع اياها **قوله** ولا يصير غاصبا الى اخره اشارة الى ان الامر
لو لم يسلم العبد المامور ببيعه الى الوكيل حتى باعه الوكيل واراد ان ياخذه
من الامر ليدفعه الى المشتري قبل قبض الثمن ليس له ذلك الا برضى الامر
فلو اخذه بغير رضاه لم يصر غاصبا لان امر الموكل بالاخذ ان لم يوجد لكن وجدت
الحاجة التي مر ذكرها وهي تخليص الوكيل نفسه عن عهدة ما لزمه بعقد البيع
المامور به لكن للامر ان يسترده من المشتري الا اذا كان الوكيل قد باعه بثمن
مؤجل اجلا متعارفا فان الامر لا يتمكن من استرداده اما على قول ابي حنيفة
رحمه الله فظاهر جريا على موجب الاطلاق واما على قولهما فلان البيع بالثمن المؤجل
باجل قريب متعارف يدخل تحت الامر بمطلق البيع فكان مباشرته للعقد كمباشرة
الامر بنفسه ولو باع الامر بثمن مؤجل ليس له ان يحبس المبيع لاجل الثمن فكذا اذا
باعه وكيله وهذا بخلاف ما لو اخذ الوكيل العبد من الامر قبل البيع حيث يصير

غاصبا بالاخذ لفقد امر الامر وفقد حاجة الوكيل الى تخليص نفسه اذ لا عهدة
تلحقه قبل البيع فصار بالاخذ بغير اذن الامر مضمونا عليه يتلف عنده بالقيمة
سوا كان التلف قبل البيع ام بعده اما اذا كان قبل البيع فظاهر واما اذا كان بعد
البيع فلفقد التنافي لانه باع باذنه وكونه غاصبا لا ينافي كونه وكيلا الا يرى ان
المغصوب منه اذا وكل الغاصب ببيع المغصوب جاز اذ الخلاف من حيث الفعل
لا يرتفع الا بالامر كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يعود امينا فكذا هذا
واذا نفذ البيع وسلم المبيع وقبض الثمن من المشتري فهو امانة في يده لانه وكيل
في الثمن وقد برى عن ضمان القيمة بالتسليم الى المشتري كما في الغاصب المامور
بالبيع وان سلم قبل قبض الثمن كان للمالك ان يسترده فاذا استرده برى الوكيل
من الضمان الاول فان اخذه الوكيل ثانيا بغير امره فتلف عنده قبل نقد الثمن
لم يضمن لان قبضه بحق لما ذكرنا ويبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض **قوله**
فيتخير المشتري الى اخره خبر مقدم لقوله برد وفيه اشارة الى ان الوكيل
اذا قبض العبد من بيت الامر بغير امره قبل البيع ثم باعه فهلك في يده قبل التسليم
الى المشتري ووجب عليه القيمة لصيرورته غاصبا ضامنا للقيمة هل ينتقض البيع
تردد قول المشايخ رحمهم الله فيه فقال الكرخي رحمه الله وغيره لا ينتقض البيع
لان المبيع فات الى خلف وهو القيمة فلا ينفسخ البيع كما لو قتله الوكيل بالبيع قبل
التسليم لكنه يخير المشتري لتغير شرط العقد عليه كذا هذا ومعنى قول محمد
رحمه الله في الكتاب ينتقض البيع اذا اختار المشتري نقضه اما بدون اختياره
فلا ومنهم من قال بل ينفسخ البيع والفسخ بات غير متوقف على اختيار المشتري
لتعذر تنفيذ العقد اذ لا يمكن تنفيذه على الامر لان الوكيل ملكه بالضمان
مستندا الى وقت قبضه فظهر انه باع ملك نفسه وتنفيذه على الوكيل
انما يتصور باسناد ملكه الى سببه السابق وهو القبض الموجود قبل البيع
وذلك انما يتصور باعتبار الخلف وهو القيمة وهي دين في ذمة الوكيل فلو نفذناه
لكان ذلك تمليكا للدين الذي في ذمة الوكيل وهو القيمة لغير من عليه الدين
وهو المشتري في ضمن القول بالاسناد الى سببه السابق كما قررناه قال
في التحرير وهذا لما ذكرنا في البيوع ان القيمة متى وجبت بسبب قبل البيع
لا ينعقد البيع لانه بيع القيمة وانه تمليك الدين من غير من عليه الدين او صرف بالنسبة

وانه لا يجوز اما اذا وجبت القيمة بعد البيع يكون ابقا العقد على القيمة فيجوز الا يرى
ان ابتدا البيع بالحصة لا يجوز وابقاؤه بالحصة يجوز وهذا لان الوكيل هو البايع والبايع
اذا قتل المبيع ينفسخ البيع وقيل الصحيح هو الاول لان القيمة مالزمته بالبيع بدليل بقائها بعد
انتقاض البيع فكان كالاجنبي بخلاف ما اذا كان البايع هو المالك لانه لو لزمته القيمة
انما تلزمه بالبيع لكونه مضمونا في يده بالقيمة بسبب البيع ولا يجوز البيع على القيمة فينتقض
البيع ضرورة ولانه يودي الى ان يكون الشي الواحد مضمونا بالقيمة وبالثمن وانه لا يجوز
قوله وعند المشتري معطوف على ما تقدم التقدير ويصير اي الوكيل غاصبا
بالاخذ قبل البيع لفقد الامر والحاجة فيتلف عند الوكيل بالقيمة الى اخره ويتلف
عند المشتري بالثمن لتنافي بين اليدين والضمانين اذ يد الوكيل يد غصب والعبد
مضمون عليه بالقيمة ويد المشتري يد ملك والمالك لا يصير غاصبا ملك نفسه
والعبد مضمون عليه بالثمن فيتلف العبد عنده بالثمن كما يتلف عند الامر بعد استرداد
بالثمن ولهذا لو هلك المبيع عند البايع بالثمن واذا كان هلك المبيع عند المشتري بالثمن
فيطلب الوكيل الثمن منه لانه هو العاقد ويوصله الى الامر لانه لم يكن عنده فلو
توى الثمن على المشتري لم يضمن البايع اما عندهما فلانه لو نهاه عن التسليم صريحا
فسلم لم يضمن وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في الاصح لان الوكيل انما يضمن اذا
نهاه الامر عن القبض والتسليم الى المشتري ولم يوجد النهي هذا كله ما يتعلق
بالقسم الاول وهو ما اذا نهاه الامر عن التسليم حتى يقبض الثمن واما القسم الثاني
وهو ما اذا نهاه عن البيع الا بصفة فنقول اذا دفع العبد اليه ونهاه عن بيعه
حتى يقبض الثمن او حتى يحضر الشهود او حتى يحضر زيد صح النهي ولا ينفذ بيع
الوكيل قبل قبضه الثمن في الصورة الاولى ولا قبل حضور الشهود في الصورة الثانية
ولا قبل حضور زيد في الصورة الثالثة لان نهي الامر لاقى حق نفسه وهو العقد
لا حق الوكيل ترجيحا لجهة النيابة في تصرف الوكيل على جهة الاصالة لان الوكيل
فيما يرجع الى نفس العقد يترجح في تصرفه جهة النيابة كما اشرنا اليه قبل هذا
او تقييدا للنيابة بالصفة والنهي والتقييد هنا راجع الى نفس العقد فيكون كل واحد
منهما معتبرا لملاقاتهما حق نفسه وقد اضاف التوكيل الى وقت موصوف بانه
بعد قبض الثمن او بانه بحضرة الشهود او زيد ولم يوجد الوقت المضاف اليه
فصار كما لو قال بع هذا العبد غدا فباعه اليوم لا ينفذ بيعه بخلاف ما لو باعه

بعد غد

113

بعد غد حيث ينفذ بيعه لصيرورته مادونا بالبيع في الغد فكان تصرفه في بعد
الغد مادونا فيه وكذا لو قال بعه بنقد فباعه بنسيئة لا ينفذ بيعه لان الموكل
ما اول بيعا موصوفا بكون ثمنه نقدا والتقييد بالنقد به يفيد حلول الثمن وصيانته
عن التوي بالافلاس ونحو ذلك وكذا لو قال بعه من زيد فباعه من عمرو لم ينفذ
بيعه لان التقييد مفيد اما لتفاوت الناس في المطالبة والملاءة واما لقصده ايثار
المشتري على نفسه بالعبد ولم يبين في الكتاب انه اذا باعه من وكيل زيد هل يجوز
ام لا ان قلنا ان التقييد لتفاوت الناس في المطالبة فلا يجوز لان المطالبة تتوجه
على الوكيل دون الموكل وان قلنا بانه لايثار المشتري على نفسه فيجوز لان
الملك بشرا الوكيل يقع للموكل وهذا هو الاصح بخلاف ما لو امره ان يشتري له
عبد زيد من مالكه فاشتراه من وكيل زيد او من رجل اشتراه من زيد
حيث يجوز لان التقييد غير مفيد اذ مقصود الامر سلامة ذلك العبد
له وقد حصل قوله وبع بشهود تتقيد بها في راي الى اخره اي ولو قال
للوكيل بع هذا العبد بشهود تتقيد جواز بيعه بالشهود في راي بعضهم
اعتبارا لحرف الالصاق وهو البا كما في قوله بع برهن او بع بكفيل بخلاف قوله
بع واشهد لان عطف الامر بالاشهاد على الامر بالبيع يقرر له فلا يخرج الامر بالبيع
بعطف الامر بالاشهاد عليه من ان يكون مطلقا لان ترك المعطوف لا يوجب
ترك المعطوف عليه بخلاف قوله بعه وخذ رهنا او كفيلا او بعه واشرط لي الخيار
فباعه بغير رهن او كفيل او اشتراط خيار للامر حيث لا ينفذ بيعه والفرق بين
هذه الصور وبين قوله بعه واشهد ان الاشهاد ليس بشرط لازم في البيع
اذ يتم البيع بدونه ولا يكون الوكيل بترك امتثاله مخالفا والرهن والكفيل واشتراط
الخيار امر لازم للبيع المامور به لان في الرهن والكفيل مكنة استيفا الثمن والبيع
لا يتم بدونه فكان الوكيل بتركه مخالفا وكذا شرط الخيار لازم من حيث انه يفيد منع
خروج المبيع من ملك الامر فكان الوكيل بتركه مخالفا فلا ينفذ بيعه قوله فالعقد
العاطل الى اخره اشارة الى الاصل الذي يبنى عليه جنس هذه المسايل والمراد
بالعاطل هنا الخالي عن الفايدة مشتق من العطل بفتح العين والطا يقال عطلت
المراة اذا خلا جيدها عن القلايد فهي عاطل قال الجوهري رحمه الله وقد يستعمل
العطل في الخلو عن الشي وان كان اصله في الحلي يقال عطل الرجل من المال

والادب فهو عُطْل وعُطُلٌ مثل عشر وعُسُر اذا عرفت هذا فنقول الآمر متى ذكر
في التوكيل قيدا فلا يخلو اما ان يكون مفيدا بكل حال او لا يكون مفيدا بكل حال
او يكون متوسطا بينهما بان يكون مفيدا في حال دون حال فالاول لغو
لخلوه عن الفايده كقوله اشتر هذا العبد من مالكه فلان والثاني حتم لازم
لا يصح التصرف بدونه كقوله بع غدا او بع بنقد او بع من زيد او بع وخذ رهنا
او بع وخذ كفيلا او بع واشرط لي الخيار وكذا بع بشهود في راي بعضهم والثالث
وهو المتوسط ان اكد بالنهي فهو حتم كالثاني كقوله لا تبع حتى تقبض الثمن او حتى
تحضر الشهود او حتى تحضر زيد ولو قال لا تبع حتى تشهد او بع على ان تشهد
فهو بمنزله قوله لا تبع الا بشهود وان لم يوكد بالنهي فهو لغو كالاول كقوله
بع واشهد وكذا بع بشهود عند من لا يعتبره قيدا في الامر بالبيع وهو عند بعضهم
لان الاشهاد كما يكون حجه له يكون حجه عليه فيضره كما ينفعه فلا يكون مفيدا لا محاله
بخلاف الرهن والكفاله لانهما من اوصاف البيع والثمن والاشهاد ليس من اوصافهما
قال في التحرير وهو الاظهر وهذا خلاف ما ذكرناه قبل هذا من راي بعضهم
واما القسم الثالث وهو ما اذا نهاه عن قبض الثمن الا بصفه فنقول اذا دفع
العبد الى الوكيل وامره ببيعه ونهاه عن قبض الثمن حتى تحضر الشهود او تحضر
زيد كان نهيه لغوا غير معتبر وجاز قبض الوكيل الثمن عند غيبه الشهود
وغيبه زيد لان النهي هنا لاقي حق الوكيل دون حق الامر عكس ما مر من العله
في القسم الثاني ترجيحا لجهه الاصاله في تصرف الوكيل على جهة النيابه لان قبض
الثمن من حقوق العقد والعاقد اصل فيها فلم يعتبر نهي الآمر لملاقاته حق الغير
وهذا على اصلهما ظاهر لانه لو نهاه اصلا لا يصح فكذا اذا قيده بقيد وعند ابي يوسف
رحمه الله انما يعمل نهيه اذا كان مفيدا فكذا تقييده وهذا التقييد غير مفيد بالنسبه
الى الامر لان الاشهاد انما يفيد الوثوق بالثمن وهو امر يرجع الى المشتري بخلاف النهي
عن التسليم قبل قبض الثمن لانه يفيد تاكيد حق البايع فيعتبر قوله الا في الوكيل
بالقبض اشاره الى ان نهي الوكيل بالقبض بان باع الامر بنفسه العبد ووكله بقبض
الثمن وبقيه المسيله بحالها فان التقييد معتبر حتى لا يجوز له ان يقبض الثمن الا بحضر
الشهود او زيد لان النهي فيه لاقي حق الامر دون حق الوكيل فكان معتبرا فصح
التقييد به وهذا التعليل هو المراد بعكس العكس لانه علل في القسم الثاني بملاقاه

النهى

114

النهى حق الوكيل دون الامر وفي القسم الثالث بعكس ذلك وهو ملاقاه النهي
حق الامر دون حق الوكيل واذا كان هذا التعليل عكس التعليل الذي كان
قبله كان الذي قبله ايضا عكساله لان كل واحد من المتعاكسين لعكسه فيصدق
حينيد على التعليل في مسيله الوكيل بالقبض بملاقاه حق الامر دون حق الوكيل
انه عكس لعكس نفسه واذا كان كذلك يشترك الصورتان وهو الاولى والاخيره
في تعليل واحد وهو ملاقاه النهي حق الامر دون حق الوكيل وتنفرد الصوره
المتوسطه بتعليل واحد وهو ملاقاه النهي حق الوكيل دون حق الامر قوله
والحرف الجامع للفذ والتوام الى اخره اي والاصل الجامع للتعليل في الصوره المنفرده
وهو مراد المصنف رحمه الله بقوله للفذ وفي كل واحده من الصورتين المشتركتين
في العله وهو مراد المصنف رحمه الله بقوله التوام هو الترجيح لجهه النيابه
في تصرف الوكيل في اصل البيع ولجهه الاصاله في الحقوق كما اشرنا اليه قبل هذا
والله اعلم ص باب الوكيل بشرى محمد عباس اعلم ان هذا
الباب يشتمل ايضا على اكثر مسايل الباب الخامس من ابواب الوكاله في ترتيب
الجامع نقلها المصنف رحمه الله اليه للمناسبه ص هو فيه خصم مطلقا قبل قبض الامر
مشروطا بالامر بعده ترجيحا بين جهه الاصاله والنيابه باليد حسا ورده نسخ
مطلقا لفقد اللزوم كرده برويه او شرط ورضاه في غير المقبوض ملزم مطلقا
الحاقا بالتملك عن علم حيث لا قسط للوصف وخالفا في الفاحش ان حدث بفوت
جنس منفعه كما قبل لان حدث بما لا يغبن وفي المقبوض متزيل مكنه الرد على
البايع دون الرد على الوكيل وفائحه الاصاله والنيابه او الاتحاد والتعدد حذار
الضرر ادصار الوصف اصلا مقدا لا بالقبض ضد ما قبله فكان دون الابرا كما ارق
ابو يوسف ولا يلزم خيار الرويه والشرط لان الصفقه لم تتم اذ حق الوكيل
كفعله فيهما عكس العيب اصل لا تبع ش اعلم ان الوكيل بالشرا اذا اطلع على عيب
المبيع بعد قبضه فلا يخلو اما ان اطلع عليه قبل ان يقبضه الامر منه او بعده
فان كان قبله فهو خصم في رده مطلقا سوا امره الامر بذلك ام لم يامره وان كان
بعد قبض الامر منه فخصومته مشروطه بامر الموكل لان تصرف الوكيل تعارض
فيه جهة النيابه والاصاله كما قررناه في الباب الذي قبل هذا فوجب الترجيح
بين الجهتين فرجحنا الجهه التي تايدت باليد الحسيه فعلما انه كان في يد الوكيل

عكس صح

فيه صح

ثم تجب جهة الاصالة اذ هو اصل في حقوق العقد والرد بالعيب منها ولا ضرر
على الامر في ذلك لانه لا يبطل عليه ملكا ولا يدا قصدا بل ضرورة اقامة ما فوض
اليه وهذا يشمل ما اذا كان في يده قبل التسليم الى الامر وما اذا سلمه ثم ردّه
الامر عليه بالعيب وان كان العبد في يد الامر لا يرده الوكيل بالعيب الا بامر
الامر لان في الرد حينئذ من ابطال اليد الخالصة قصدا بعد انتهاء الوكالة
بالفراغ مما امر به هذا هو حكم خصومة الوكيل في العيب واما حكم ردّه به فهو
فسخ مطلقا في حق نفسه وحق الامر سواء كان قبل قبضه من البائع ام بعده لعدم
لزوم العقد في حق الامر قبل التسليم اليه فصار كردّه بخيار الرؤية والشرط فان قيل
شرا الوكيل بمنزلة عقدين فكان كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الامر فوجب ان لا يكون
له حق الرد على البائع بالعيب كالمبتاع من غيره قلنا هذا انتقال حكمي بطريق
الخلافة ومثله لا يمنع الردّ بالعيب كالانتقال الى الوارث واما حكم رضى الوكيل
بالعيب فنقول رضاه في غير المقبوض ملزم للعيب على الامر مطلقا سوا
كان العيب يسيرا ام فاحشا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ترى انه لو اشتراه عالما بعيبه
لزم الامر فكذا اذا قبضه عالما بعيبه الحاقا للرضاء بقبض المعيب عن علم بالتملك
عن علم اذ العيب قبل القبض لا قسط له من الثمن لانه عبارة عن فوت وصف
السلامة والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن ما لم تقصد وقبل القبض ليست
مقصودة فلم يكن في رضاه ابطال حق الامر فيصح بخلاف ما بعد القبض لان للوصف
حينئذ قسطا من الثمن لمنع البائع اياه فصار كمنع الوديعة وخالف ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله في العيب الفاحش ان حد الفاحش بانه العيب الذي يفوت به جنس
منفعة كالعمى كما قيل بناء على ان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر الاطلاق ما لم يوجد القيد
اذا اشتراه بمثل القيمة وابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتبران العرف وشرا العميا
غير متعارف لهما فكذا حكما بخلاف العورا لانها معيبة وشرا المعيب متعارف
ولابي حنيفة رحمه الله ان العرف مشترك اذ قد يشترى العميا رحمة لها وابتغا لمرضات
الله تعالى ونحو ذلك بخلاف التكفير لانه قام دليل المنع لانه مشروع زجرا عن ارتكاب
المعصية ولا يحصل الزجر باعتاق فايت جنس المنفعة وبخلاف الوكيل بشرا جارية
للخدمة حيث لا يملك شرا فايت جنس المنفعة لقيام دليل التقييد بغيره واما
اذا حد العيب الفاحش بما لا يتغابن فيه واليسير بما يتغابن فيه وهو ما يدخل

تحت

تحت التقويم كما فسره شمس الايمة السرخسي رحمه الله فلا خلاف فيه بل ان كان يسيرا
لزم الامر برضى الموكل به وان كان فاحشا لزم الوكيل دون الامر الا ان
الا ان يشا الامر به هذا كله حكم رضى الوكيل بعيب المبيع غير المقبوض واما حكم
رضاه بعيب المبيع المقبوض فهو مزيل لتمكن الوكيل من الرد على البائع دون تمكن
الامر من الرد على الوكيل لان الوكيل بالشرا اصيل من وجه نايب من وجه وعقده
متحد حقيقة متعدد حكما كانه اشترى لنفسه من البائع ثم باع من الامر فجعلناه
في حق البائع اصيلا وجعلنا عقده متحدا حتى صح ابراؤه في حق نفسه اذ لا ضرر
فيه على الامر وجعلناه في حق الامر نايبا وجعلنا العقد متعددا حتى لم يصح ابراؤه
في حق الامر عملا بجهة الاصالة والنيابة او بجهة الاتحاد والتعدد في محلين مختلفين
احترازا عن الحاق الضرر بالامر باسقاط حقه في وصف السلامة بعد صيرورته
مقابلا ببعض الثمن لان الوصف صار اصلا مبدلا بالقبض كالذات وقابله بعض
البدل لصيرورته مقصودا بالقبض بخلاف ما قبل القبض لان الوصف هنالك
لم يصر مقصودا فلم يقابله بعض البدل فلم يكن في الابرا عنه ابطال حق الامر
فيصح مطلقا قوله فكان دون الابرا كما فرق ابو يوسف رحمه الله اشارة الى
جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يصح ابرا وكيل الشرا عن
عيب المبيع المقبوض عند ابي يوسف رحمه الله كما لا يصح ابرا وكيل البيع عن الثمن
والجامع ان الوكيل عنده نايب في حق الحقوق كما هو نايب في نفس العقد
وتقرير الجواب وهو الفرق له بين المسلتين ان يقال بان الابرا عن العيب
دون الابرا عن الثمن ولا يجوز ان يورد اشكالا وبيانه انه لا ضرر على الامر
في تصحيح ابرا الوكيل عن العيب بخلاف ابرا الثمن قال في الذخيرة والابرا عن
الثمن يضر بالمالك لان قبل هذا الثمن في ذمة المشترى وبعد الابرا يصير الثمن
في ذمة الوكيل وربما يكون المشترى املى اما الابرا عن العيب لا يضر بالمالك
لانه لا يثبت في حق الموكل الا ما كان ثابتا قبل الابرا فان قبل الابرا للموكل خيار
ان يرضى بالعيب وان لا يرضى ويلزم الوكيل وهذا الخيار باق بعد الابرا عن العيب
وانما كان للموكل هذا الخيار لعدم رضا الوكيل لان الثابت في حق الحقوق
عقدان تقديرا واعتبارا فرضى الوكيل بالعيب يوجب بطلان حق الرد في عقده
اما لا يوجب بطلان الرد في حق الموكل بعد الابرا على قول ابي يوسف رحمه الله

قوله ولا يلزم خيار الرويه والشرط الى اخره اشارة الى الفرق بينهما وبين خيار
العيب حيث كان تصرف الوكيل في خيار الرويه والشرط لازما للامر سوا كان
قبل القبض ام بعده بخلاف خيار العيب حيث كان رضاه بالعيب لازما في حق
الامر قبل القبض لا بعده والفرق ان الصفقه في خيار الرويه والشرط لم يتم
ولهذا لا يملك التفريق برد البعض دون البعض فيهما لان حق الوكيل في خيار
الرويه بمنزله فعل الرويه وفي خيار الشرط بمنزله فعل الاشتراط وفعله فيهما
اصل لا تبع فكذا حقه واذا كان حقه اصلا فيهما كان حق الامر تبعا لحقه فيبطل
ببطلانه وهذا عكس خيار العيب لان حق الامر فيه اصل لا تبع لان خيار العيب
انما شرع رفقا بصاحب الحق والوكاله انما شرعت رفقا بالموكل فكان حقه اصلا
لا تبعا فلا يبطل بابطال الوكيل حق نفسه بعد ما صار له حصه من الثمن بالقبض
بخلاف ما قبل القبض ص وان رده الامر على الوكيل ثم بان عيب ثان فان علم
انه كان عند البايع لم يرد على الامر كما لا يرد عليه فيلغو كمن شرا من شرا منه
فيما يروى او سقط الثمن ثم بان العيب ولا على البايع للواسطه اذ تقدر رد
الامر معا نظيره ابن باع من ابيه وورث ضد العكس لفايده التقدم بتقدر الثمن
وفي بعض النسخ يبطل القاضي رد الامر اذ بان الخطا في ظنه تفويت المكنه ثم يرد
على البايع بالعيب الثاني احيا للحق كالاب يشتري لنفسه من ابنه الصغير
ما كان اشتري له من ثالث وان علم انه كان حدث قبل رد الامر عليه رده على
الامر رفعا للخطا اذ بان اللزوم عليه للحدوث في يده حكما ولو بعد الرضا فانه
لا يزيل يده بدليل التلف ويغرم ارش العيب للتفويت بالرضا ش اي
وان كان الامر لم يرض بما رضي به الوكيل من عيب المبيع المقبوض بل رده
على الوكيل ثم اطلع الوكيل على عيب ثان في المبيع فلا يخلو اما ان يعلم ان ذلك
العيب الثاني كان عند البايع كالاصبع الزايده مثلا واما ان يعلم انه كان
حدث قبل رد الامر على الوكيل ففي الوجه الاول ليس للوكيل ان يرده
على الامر ولا على البايع اما عدم رده على الامر فلانه لو رده عليه بالعيب
الثاني لكان للامر ان يرده عليه لكونه تلقي الملك من جهته لما قلنا من ان
الوكيل بالشرا في حقوق العقد بمنزله المالك كانه اشتري لنفسه وقبض ثم باع
من الموكل وسلم واذا كان كذلك فلا يفيد الرد بل يلغو كمن اشتري عبدا ممن اشتراه

منه

منه وقبضه ثم وجد به المشتري الثاني وهو البايع الاول عيبا فانه لا يرده لعدم
الفايده اذ لو رده على بايعه لرده بايعه عليه لتلقيه الملك من جهته قوله
فيما يروى متعلق بما بعده لا بما قبله وهو اشاره الى وجه اخر في انه لا يرد الوكيل
بالعيب على الامر وذلك مذكور في اثنا روايه ذكرها شيخ الاسلام خواهر زاده
رحمه الله وبيانه ان نقول انما لا يرده الوكيل على الامر لان الوكيل لم يملك العبد
على الامر بجهه المعاوضه كالبايع اذا رد المبيع عليه بالعيب لا يكون متملكا له بجهه
المعاوضه وانما سقط ثمنه عن المشتري ضروره انفساخ العقد وكذا الامر برده
العبد على الوكيل بالعيب سقط عنه الثمن لانه بمنزله المشتري من الوكيل ولو سقط
الثمن عن المشتري بهبه البايع ثم وجد بالمبيع عيبا فانه لا يرده بالعيب لعدم الفايده
كذا هنا هذا كله تعليل عدم رد الوكيل العبد بالعيب الثاني على الامر واما
بيان عدم رده على البايع فنقول انما لا يرده لتخلل الواسطه وهو البيع من الامر
لان رده على قدر بمعاوضه في حق البايع لما عرف من ان الوكيل بالشرا مع موكله
في حق حقوق العقد بمنزله البايع مع المشتري ورد المشتري المبيع على البايع
بمنزله البيع منه فصار كما اذا باع الابن من ابيه عبدا ثم مات الاب وورثه الابن
ثم وجد بالعبد عيبا من حيث انه لا يرده على بايعه لتخلل الواسطه وهو البيع
للاب ولا على نفسه للتنافي ولا ينصب القاضي عن الميت خصما وان ساله الابن
لان الخصم انما يرد على وارث الميت ليوجب الدين على الوارث والميت لا يستوجب
الدين على وارثه اذا لم يكن له وارث سواه وهذا بخلاف العكس وهو ما اذا باع الاب
من الابن ثم مات الاب وورثه الابن ثم وجد بالعبد عيبا حيث كان له ان يرفع
الامر الى القاضي لينصب وصيا عن الميت لان الوارث يستوجب الدين على مورثه
لما فيه من فايده تقدمه على بقيه الورثه او مشاركه غرما الميت فاذا رده
الابن على الوصي المنصوب وعاد العبد الى ملك الميت بالرد كان لكل واحد
من الوصي والوارث ان يرده على بايعه الاول قوله وفي بعض النسخ الى اخره
اشاره الى انه ذكر في بعض النسخ كما قال في الوجيز وجعله في التحرير روايه
ابي حفص رحمه الله ان القاضي يبطل حكمه برد الامر على الوكيل لانه انما حكم
بالرد على الوكيل لظنه ان الوكيل فوت مكنه الرد على البايع برضاه بالعيب
وقد ظهر الخطا في القضا بظهور العيب الثاني حيث تبين ان مكنه الرد على البايع

سار ها

الوكيل صح

بانه بسبب العيب الثاني لانه لم يبرا منه واذا ظهر الخطا في القضا وجب نقضه
واعاده المبيع الى حاله الاول ثم يرد الوكيل العبد بالعيب الثاني على البايع احيا
لحق الامر كما حيا حق الاب فيما اذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير عبدا
كان اشتراه له من رجل ثالث واشهد على ذلك ثم وجد بالعبد عيبا واراد ان يرده
لنفسه على ابنه الصغير ثم يرده لابنه على بايعه فانه ياتي القاضي لينصب له
خصما عن الصغير فيرده الاب لنفسه على المنصوب ثم يرده الاب على البايع
احيا لحقه كذا هنا هذا كله اذا علم ان العيب الثاني كان عند البايع واما في
الوجه الثاني وهو ما اذا علم ان العيب الثاني كان حدث قبل رد الامر
على الوكيل فيرده الوكيل على الامر سوا كان حدوث العيب في يد الامر ام في
يد الوكيل لانه تبين ان رده على الوكيل كان خطا ولجب الرفع حيث ظهر لزوم
المبيع على الامر لحدوث العيب في يده اما حقيقه او حكما اذ يد الوكيل يد الامر
حكما وسوا كان حدوث العيب قبل رضى الوكيل بالعيب الاول ام بعده لان رضى
الوكيل بالعيب لا يزيل ما تثبت للامر على المبيع من اليد الحكميه بدليل انه لو تلف
في يد الوكيل كان كما لو تلف في يد الامر حتى لا يلزمه ضمانه واذا كان للوكيل
حق الرد على الامر يغرم للامر ارش العيب الاول لتفويته ذلك القدر عليه
برضاه بالعيب وتعذر رد الامر عليه لحدوث العيب الثاني في يده حكما كما قررنا
ص فان ادعى البايع رضى الموكل وانكر الوكيل يرد ان لم يكن شهود ولا يوقف
اذ الوهم في المسقط لا الموجب عكس الوكيل بالرد لوهم العقد عالما ولا يستحلف
ضد ما لو كان المدعا رضاه اذ ناب بين لا يستحلف حدا ارتقلب الموضوع بانشا
الخصومه فاندفع طعن عيسى اذ ما يدعى عليه سبب ما يدعى على الحاضر
وفي مثله تسمع البينه ولا يستحلف حدا اذ النيابه في التاثيم كخارج يدعي شرا
العين من غايب والوكيل بالخصومه وزانها دعوى اسقاط الامر على الوكيل
بقبض الدين والاخذ بالشفعه ش اي ولو كان المبيع في يد الوكيل ولم يرض
بالعيب بل اراد ان يرده به على البايع والموكل غايب فادعى البايع ان الموكل
رضي به وانكر الوكيل ذلك فالقول قوله ويرد العبد عليه الا ان يقيم البايع
بينه فتشهد بما ادعاه من رضى الموكل لانه يدعي ابطال حق الوكيل في الرد
بعد ثبوته بظهور العيب فلا يصدق عليه الا ببينة ولا يوقف الامر حتى يحضر

الموكل لان ثبوت الرضا بتصديق الموكل عند حضوره وان كان موهوما الا ان
ذلك الوهم في المسقط لحق الرد وهو الرضا لا في الموجب للرد فلا يعتبر في اسقاط
الحق بعد ثبوته لان الموهوم لا يعارض المتحقق وهذا عكس حكم الوكيل
بالرد فانه اذا اشترى الرجل عبدا ووجد به عيبا قديما فوكل وكيلا بردّه
على بايعه وغاب فادعى البايع ان الموكل رضي به لا يكون للوكيل ان يرده
عليه بل يوقف الامر حتى يحضر الموكل لان الوهم هناك يكون في ثبوت الموجب
للرد لا في المسقط له بعد تقرر سببه لان مباشره الموكل العقد عالما بالعيب
يمنع وجوب الرد اصلا والبايع بدعوى الرضا لا يدعي مسقطا بل يزعم ان حق
الموكل في الرد لم يثبت اصلا لجواز انه اشترى عالما بالعيب فيجب التوقف
حتى يحضر الغايب ثم في مسيلتنا اذا لم يكن للبايع بينه واراد ان يستحلف الوكيل
على علمه بالله ما يعلم ان الموكل رضي بالعيب ليس له ذلك بخلاف ما لو كان
الوكيل هو المدعا رضاه دون الموكل حيث كان للبايع ان يستحلفه رجا نكوله
اما اذا كان المدعا رضى الموكل فالوكيل ناب مناب الموكل في حق الرد بالعيب
والموكل لو كان حاضرا وانكر الرضا بالعيب واراد البايع ان يستحلفه لم يكن له
ذلك حذرا ان ينقلب موضوع الاستحلاف لان في استحلاف الموكل انشا الخصومه
بين الوكيل والبايع في العيب على تقدير نكوله والاستحلاف وضع لقطع الخصومه
لا لانشايها واذا لم يكن للبايع استحلاف الموكل فكذا لا يستحلف نايبه وبهذا اندفع
طعن عيسى رحمه الله في جواب محمد رحمه الله حيث قال ينبغي ان يستحلف الوكيل
على علمه برضى الموكل لانه انتصب خصما عنه بالاجماع ومن انتصب خصما سمع
البينه عليه ويستحلف فكذا هذا لكنا نقول بان ما يدعى على الغايب من رضاه
بالعيب سبب لما يدعى على الوكيل الحاضر من بطلان حق الرد فانتصب الوكيل
خصما عنه وصار كالنايب عنه في حق الرد بالعيب وفي مثل ذلك تسمع البينه
على من انتصب خصما ولا يستحلف لان النيابه تجري في سماع البينه دون
الاستحلاف لكون اليمين شرعت لتاثيم الكاذب والنيابه لا تجري في التاثيم
وصار الوكيل في مسيلتنا كالخارج اذا ادعى شرا العين من غايب من حيث
انه تسمع بينته على ذي اليد ولا يستحلفه وكالوكيل بالخصومه من حيث انه تسمع
البينه عليه ولا يستحلف قوله وزانها اي نظير دعوى البايع رضا الموكل

بالعيب دعوى المديون على الوكيل بقبض الدين اسقاط الموكل عنه دينه
ودعوى المشتري على وكيل الشفعه اسقاط الموكل الشفعه من حيث ان في كل
واحده من المسئلتين يومر المدعا عليه بدفع الدين والدار المشفوعه الى الوكيل
ولا يوقف الامر الى ان يحضر الغايب والجامع ان الوهم انما حصل في المسقط
للحق بعد ثبوته فلا يعتبر ثم في مسيله الدين قال زفر رحمه الله ان للمديون
ان يحلف الوكيل بالله ما يعلم ان الطالب اسقط الدين وهو موافق لطعن عيسى
رحمه الله وجوابه ايضا ما قلنا من انه لا نيابه في اليمين ص ولو اقر الوكيل
بعد الرد برضى الامر لم يسترد للتناقض الا ان يرضى البايع فيعتبر انشا بلنهما
ان انكر الامر الرضا وقايزعم الكل وان اقر به والوكيل مصرٌّ على الجحد يسترد
وان ابى البايع صونا لحق التصديق وتصور النفاذ بتصور الحجه والحقوق
عليه دون الوكيل كما في الصبيّ والمحجور لمامرّ ويغرم الوكيل الثمن المردود
بعد التوى غير راجع لان الرد ينقض القضا لا الاقتضا كما في ردّ الزيف
على ان الاصل في القبض اصل في العهده حتى ان الوكيل بالشرا لا يرجع على الامر
بقيمه غرمها للمستحق بعد التوى ضد الوكيل بالقبض لانه نايب لا أصل ينهى
ولا يبري عكس الاولى اذ صح الامر ظاهرا بعد الشرا وصار المامور مغرورا
كالمودَع لا مغترًّا عكس ما قبل الشرا حتى غرم الامر بالقتل والحفر بعد الشرا
لا قبله وكان للمستحق تغريم الامر بالقبض دون الامر بالشرا ما لم يقبض ولا يلزم
ان الوصي والوكيل بالبيع رجعا على التركه والموكل بثمن غرما للمشتري بعد الاستحقاق
اذ الحرف تغليب جهه النيابه في البيع والاصاله في الشرا حتى جاز شرا الوكيل عند
الامام باقل مما باع الامر قبل النقد ولم يجز شرا الامر باقل مما باع الوكيل ش
اي فلو ان الوكيل رد العبد بالعيب على بايعه ثم اقر بعد الرد بان الامر رضي
بالعيب ليس للوكيل ان يسترد العبد من البايع لان اقراره برضى الامر يناقض
انكاره اولا والتناقض يمنع صحه الكلام فيما له دون ما عليه فلا يقبل اقراره في حق
استرداد العبد الا ان يرضى البايع بذلك فيعتبر رضاه حينيذ انشا لبيع مبتدا
بينهما ان حضر الامر وانكر الرضا وفا يزعم الكل البايع والامر والمامور وان اقر
الامر بالرضا والوكيل مصر على جحد الرضا فللامر ان يسترد العبد وان ابى البايع
لان اقرار البايع برضى الامر اوجب للامر حق التصديق فاذا وجد التصديق

استند اليه وصار كانه صدقه حين الاقرار صونا لحق الامر في التصديق واذا استند
اليه بطل القضا بالفسخ ووجب رد العبد على الامر قوله وتصور النفاذ بتصور
الحجه اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يكون للامر
استرداد العبد على قول ابي حنيفه رحمه الله لنفوذ القضا بالفسخ ظاهرا وباطنا كما لو
قضى بشهاده الزور وتقرير الجواب ان يقال انما قصر الفسخ عن النفاذ باطنا
لقصور الحجه وهي القضا اذ شرطه كون المقضي به مما يمكن انشاوه في الحال والفسخ
ههنا ليس كذلك اذ ليس للوكيل والبايع ان ينشيا العقد مع رضا الموكل بالعيب فصار
كالقضا بشهاده الزور في نكاح امراه ظهر انها كانت معتده وقت القضا او منكوحه
الغير وهناك لا ينفذ القضا باطنا فكذا هنا ثم اذا استرد الامر العبد من البايع
كانت الحقوق عليه دون الوكيل كما في توكيل الصبي والعبد المحجور عليه لما مرّ
في الباب الخامس من ان عهدة البيع والشرا اذا تعذر ايجابها على العاقد كانت
على من وقع العقد له من حيث النفع وهنا تعذر ايجاب العهده على العاقد
وهو الوكيل لاصراره على القول بانفساخ العقد الاول بحقوقه ورضى الامر
بالعيب بمنزله بيع مبتدا بينه وبين البايع وتصادقهما على ذلك ليس بحجه على
الوكيل قوله ويغرم الوكيل الثمن المردود الى اخره اشاره الى ان الامر
اذا استرد العبد من البايع وقد كان الوكيل استرد الثمن من البايع عند رده
العبد عليه بالعيب فتوى عنده يغرمه للامر ويدفع الامر الثمن من ماله
للبايع ولا يرجع الوكيل بما غرم على احد وهذا لان شرا الوكيل يوجب دينين
دينا له على الامر ودينا للبايع على الوكيل فالوكيل لما قضى دين نفسه من مال
الامر صار ضامنا لمثله وان قضى بمال الامر وقد كان له على الامر مثل ذلك
فيلتقيان قصاصا فصار الوكيل مقتضيا دينه الذي وجب له على الامر في ضمن
قضا دين نفسه من مال الامر فلما ردّ العبد بالعيب واسترد الثمن انتقض
قضا الوكيل دين نفسه لا اقتضاوه دين نفسه من الامر كما مرّ في اول ابواب
الوكاله في رد البايع الثمن على الوكيل بعيب الزيافه من ان الاقتضا مما لا يحتمل
الانتقاض بالقول قبل ردّ المردود الى الامر الا يرى ان الوكيل والامر لو اتفقا
على النقض بالقول بان قالا نقضنا الاقتضا لا ينتقض ما لم يرد المقتضي ما اقتضاه
او مثله الى المقتضى منه لان الاقتضا ثبت بالقبض وهو فعل وما ثبت بالفعل

لا ينتقض بالقول كالمرهون لما وجب ضمانه على المرتهن بالقبض وهو فعل
لا يخرج عن ضمانه بقوله للراهن رددت كذا هذا **قوله** على ان الاصل في القبض
اصل في العهده الى اخره اشاره الى دليل اخر على ان الوكيل لا يرجع بما يغرمه
للامر من الثمن على احد وبيانه ان نقول الوكيل بالشرا اصل في قبض الثمن
المردود عليه لانه من حقوق العقد وهو اصيل فيها وكل من هو اصل في القبض
فهو اصل في عهده المقبوض الا يرى ان الوكيل بالشرا اذا قبض المبيع فهلك عنده
ثم استحق واختار المستحق تغريمه القيمه ليس له ان يرجع على الامر بما غرم بخلاف
الوكيل بالقبض لانه نايب محض عن المشتري في القبض لا اصيل فيه ولهذا
لو نهاه الامر عن القبض صح نهيه ولو ابرا البايع عن الثمن لا يصح ابراؤه عكس
حكم المسيله الاولى لان الوكيل فيها اصل في الحقوق ولهذا لو نهاه الامر عن
قبض المبيع لم يصح نهيه ولو ابرا البايع عن الثمن صح ابراوه عندهما خلافا لابي يوسف
رحمه الله كما قدمناه واذا كان كذلك كانت العهده على وكيل الشرا دون وكيل
القبض فيرجع وكيل القبض بما غرم على الامر لنيابته دون وكيل الشرا لاصالته
قوله اذ صح الامر ظاهرا الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال وجب ان لا يرجع الوكيل بالقبض بما غرم على الامر لانه عند الاستحقاق
تبين انه امره بقبض مال الغير وانه امر باطل وبذلك لا ينتقل فعل المامور
الى الامر كما لو امره بالقبض قبل الشرا وتقرير الجواب ان يقال نقل الفعل
الى الامر في حق لزوم الضمان لا يعتمد صحه الامر حقيقه بل يعتمد صحته ظاهرا
ليصير المامور مغرورا من جهه الامر وقد صح الامر ظاهرا بعد شرا الامر
وصار المامور مغرورا كالمودع اذا هلكت الوديعه عنده ثم استحقت وغرمها
للمستحق كان له ان يرجع على المودع لصيرورته مغرورا من جهته لا مغترا
عكس ما اذا امره بالقبض قبل الشرا لان الامر لم يصح ظاهرا فكان القابض
مغترا في قبضه لا مغرورا من جهه الامر اذ لم يعتمد سببا ظاهرا فافترقا
قوله حتى غرم الامر بالقتل والحفر الى اخره استشهاد على ان صحة الامر
ظاهرا يكفي لنقل الفعل الى الامر دون مجرد الامر وبيانه ان من امر رجلا
بقتل عبد او حفر حايط بعد شرايه ففعل لم يضمن وان كان تعديا وانما يضمن الامر
لانتقال الفعل اليه لكونه حقا ظاهرا بخلاف ما لو امره بذلك قبل الشرا حيث يضمن

الفاعل

الفاعل لا المالك دون الامر لكونه تعديا ظاهرا **قوله** وكان للمستحق تغريم الامر
بالقبض الى اخره معطوف على قوله لا يرجع من قوله حتى ان الوكيل بالشرا لا يرجع
فالتقدير حتى ان الوكيل بالشرا لا يرجع بقيمه غرمها للمستحق بعد التوى وكان
للمستحق تغريم الامر بالقبض وهو اشاره الى ان في مسيله الاستحقاق بعد هلاك
المبيع يكون للمستحق ايضا تغريم الامر بالقبض ولا يكون له تغريم الامر بالشرا اما لم يقبض
المبيع فيهلك عنده لما ذكرنا من ان الوكيل بالشرا اصل في قبض المبيع فيكون
اصلا في العهده فلا يرجع بما غرم على احد والوكيل في القبض نايب في القبض
لا اصل فلا يكون اصلا في العهده بل نايبا فاذا غرم رجع على الامر لكونه نايبا
عنه **قوله** ولا يلزم ان الوصي والوكيل بالبيع رجعا على التركه والموكل الى اخره
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال الوكيل بالشرا نايب من وجه
وذلك كاف للرجوع بما يغرمه على الامر كالوصي والوكيل اذا باع كل واحد منهما
وسلم الى المشتري وقبض الثمن وهلك في يده ثم استحق المبيع ورجع المشتري
عليه وهناك الوصي يرجع بما غرم في التركه والوكيل في مال الموكل كذا هنا
وتقرير الجواب ان يقال الحرف الذي ينبني عليه الفرق بين مسيلتنا وبين ما ذكر
من المسيلتين ان جهه النيابه في تصرف الوكيل بالبيع والوصي غالبه لثبوتها
من حيث نفاذ البيع ومن حيث حكمه وهو وقوع ملك الامر في الثمن بخلاف الاصاله
لانها ثابته من وجه واحد وهو انعقاد العقد بعبارته من غير اضافه الى الامر
وفي تصرف الوكيل بالشرا جهه الاصاله غالبه لثبوتها من حيث انه ينعقد العقد
بعبارته من غير اضافه ومن حيث نفاذ العقد لانه كان يملك الشرا لنفسه قبل
التوكيل وكذا بعده اذا خالف في الثمن او اشترى بالعرض عند اطلاق التوكيل
بخلاف النيابه لانها ثابته من وجه واحد وهو اثبات الملك في المبيع له ولهذا
المعنى جاز شرا الوكيل عند الامام ابي حنيفه رحمه الله ما باعه باقل مما باع من الثمن
قبل نقده نظرا الى غلبه الاصاله على تصرفه كانه اشتراه لنفسه ثم باعه من الامر
اما اذا اشترى الامر ما باعه الوكيل باقل مما باع قبل النقد فلا يجوز نظرا
الى غلبه النيابه على تصرفه فصار كان الامر باعه بنفسه ثم اشتراه باقل مما باع
قبل نقد الثمن والله اعلم **باب ما يكون موكلا بالطلاق او مملكا**
قوله امرها بيدك فطلقها والعكس او جعلت طلاقها اليك فطلقها والعكس تمليك يبطله

القيام لا الرجوع صونا للتخيير والتعليق معنى وقوله أبنها فطلقها والعكس توكيل
يبطله الرجوع لا القيام لخلوصه استعانة وله الرجعة في الوسطى للصراحة دون
الباقي للكناية ضد امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة لانها عكس الغير بان
المفوض لا معلوله ويقع فرد بلا نية وثلث ان نواه لان الفا للتعليل كما في اتاك
الغوث فابشر وعكسه والعلة للوجود دون العدد كما في قوله طلقتك فصرت
طالقا ش رجل قال لغيره امر امرأتي بيدك فطلقها او عكس بان قال طلق امرأتي
فامرها بيدك او قال جعلت طلاق امرأتي اليك فطلقها او عكس بان قال طلق
امرأتي فقد جعلت طلاقها اليك فهذا كله تمليك للطلاق من المامور فيبطل بقيامه
من مجلسه صونا لما فيه من تخييره في الايقاع وعدمه فصار كالمخيرة في نفسها والمخيرة
لها خيار المجلس باتفاق الصحابة رضي الله عنهم اذا كان التفويض مطلقا عن الوقت
ولا يبطل ذلك التفويض برجوع الزوج عنه لما فيه من تعليق الطلاق بمشيئته
من حيث المعنى وتعليق الطلاق يمين واليمين لا يصح الرجوع عنه واما اذا قال
أبن امرأتي فطلقها او عكس بان قال طلق امرأتي فأبنها فهو توكيل فيبطل
برجوع الزوج عنه دون قيام المامور من المجلس لخلوص التفويض استعانة
بالمامور على اقامة ما فوض اليه حيث لم يعلقه بمشيئته نصا ولا معنى قوله
وله الرجعة في الوسطى الى اخره اشارة الى ان المخاطب اذا اوقع الطلاق فيما
ذكرنا من الصور الثلث كان الواقع في الوسطى طلقة رجعية وهي قوله جعلت
طلاق امرأتي اليك فطلقها وعكسها دون الباقي وهو الصورة الاولى والاخرى
وعكساهما وهذا لان المامور به في الوسطى صريح الطلاق والواقع بالصريح
رجعي وفي غيرها المامور به كناية الطلاق وهو البينونة والامر باليد والواقع
بمثل هذه الكناية باين وهذا بخلاف قوله لامرأته امرك بيدك في تطليقة
او اختاري تطليقة فطلقت نفسها في المجلس حيث يقع طلقة رجعية وان ذكرت
عقيب ذكر الامر باليد في التفويض والفرق ان ذكر التطليقة هناك بيان لما فوض
اليها عكم الامر لا معلول له كقوله وكلتك في تطليق نفسك والواقع بمثله رجعي
اما هنا فالطلاق معلول لما فوض الى المامور لا بيان له من الامر باليد فكان
امرا بايقاع ما فوض اليه والمفوض اليه طلاق باين لكونه بالكناية قوله ويقع
فرد بلا نية الى اخره اي ويقع بما ذكرنا من كل واحدة من العبارات طلقة باينة

وان لم ينو لانه في حال مذاكرة الطلاق ولهذا لو قال لم انو الطلاق لا يصدق
اما اذا قدم الصريح فظاهر واما اذا اخره فلانه لخروج التكلم بالطلاق مخرج الجواب
بحرف التعقيب فيدخل في الحكم ويحلف الزوج على انه ما اراد الثلث للاحتمال
كما لو قال لامرأته امرك بيدك هذا اذا لم يكن للزوج نية عند التفويض واما اذا نوى
الثلث فيقع وهذا لان الفا للتعليل سوا تقدم ام تاخر كقوله اتاك الغوث فابشر
وابشر فقد اتاك الغوث فكان الامر باليد علة لايقاع الطلاق والعلة لمطلق الوجود
كما في قوله لامرأته طلقتك فصرت طالقا من حيث ان الفا اشعرت بوجود الطلاق
بنا على سببه وعلته الا انه اذا قدم ذكر الطلاق فقد ادخل الفا على علته وهي الامر
باليد كانه قال طلقها فان امرها بيدك والفا تدخل على العلة كما في قوله ابشر
فقد اتاك الغوث واذا قدم ذكر الامر باليد فقد ادخل الفا على حكم العلة كانه قال
امرها بيدك في الطلاق فطلقها بحكم ان طلاقها بيدك او بسبب ان طلاقها بيدك
هذا هو المفهوم في العرف كما يقال زالت الشمس فصل اي الصلاة التي لزمتك
بسبب الزوال والفا تدخل على حكم العلة كما في قوله اتاك الغوث فابشر وفي قول
المصنف رحمه الله والعلة للوجود دون العدد اشارة الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال ينبغي ان يقع طلقتان اذا طلقها في المجلس مطلقا لانه فوض
الى المامور طلقة بقوله امرها بيدك لما نوى الطلاق ووكله بطلقة اخرى بقوله
فطلقها لان الفا للعطف كالواو ولو قال امرها بيدك وطلقها تعدد فكذا هذا
قلنا عرف الاستعمال يابى التعدد لانه لا يراد به التوكيل بطلقة اخرى بل ايجاد
ما فوض اليه بحكم الامر قال الله تعالى وذكر اسم ربه فصلى لم يرد به صلاة اخرى
غير ما شرع فيها بعد ذكر اسم الله تعالى وهو تكبيرة الافتتاح ومثله لا يستعمل
في الواو بمعنى توكيلا بطلقة اخرى كما سياتي ص وان ابدل الفا واوا فقد زاد
التوكيل في الكل موقعا بالتطليق في المجلس ا ش بشرط النية او سبق الصريح
ليصير الحال حال المذاكرة مبطلا بالقيام ما كان تمليكا لانه عكس الفا ابتداء الجواب
حتى صح قوله لمن قال زوجتك او بعتك فهي طالق او حر دون وهي وتقيدت
المضاربة في قوله فاعمل به في البز والكوفة دون واعمل ش اي وان ابدل
الزوج حرف الفا بحرف الواو في تفويضه بان قال امر امرأتي بيدك وطلقها الى اخره
فقد زاد التوكيل على ما فوضه الى المامور في كل الصور سوا كان ما قبل الواو

تمليكا ام توكيلا **قوله** موقعا منصوب على انه حال من الضمير العايد على الزوج
المستتر فى قوله المصنف رحمه الله زاد التوكيل وكذا قوله مبطلا فالتقدير وان
ابدل الزوج الفا واوا فقد زاد التوكيل فى كل الصور حال كونه موقعا بتطليق
المامور فى المجلس طلاقين باينين وحال كونه مبطلا بقيام المامور ما كان تمليكا
اذا عرفت هذا فنقول شرط فى وقوع الطلاقين البابنين احد شرطين اما النيه
لتوقف عمل الكنايه عليها واما سبق صريح الطلاق ليصير الحال به حال مذاكره
الطلاق المغني عن النيه وخرج بما شرطه المصنف رحمه الله من احد الامرين
فى ايقاع الطلاقين البابنين قوله ابنها وطلقها وقوله امرها بيدك وطلقها اذا لم ينو
فيهما لفقد الشرطين معا النيه وسبق الصريح فيكون الواقع بالتطليق فى المجلس
طلقه واحده رجعيه بالصريح لبطلان الكنايه بعدم شرطها وهو النيه وذكر شيخ
الاسلام على الاسبيجابى رحمه الله انه لا حاجه الى النيه فى قوله امرها بيدك وطلقها
ووجهه ان ذكر الطلاق معه دليل على اراده الطلاق منه لان دليل الشى قد يتقدمه
وقد يتاخر عنه والصحيح خلافه لفقد مذاكره الطلاق عند ذكر الامر باليد وخرج ايضا
باشتراط احد الامرين فى وقوع الطلاقين البابنين قوله جعلت طلاقها اليك
وطلقها وقوله طلقها وجعلت ذاك اليك فيقع فيهما طلاقان رجعيان لان كلا
من الطلاق المعطوف والمعطوف عليه صريح غير محتاج الى النيه فلم تكن معتبره
فيه وكذا السبق لان المراد به سبق الصريح على الكنايه فى التفويض وذلك
انما يتحقق عند اجتماعهما هذا كله ما يتعلق بالكلام على ايقاع الطلاق فى المجلس
فى مسايل الواو واما ما يتعلق بالكلام على القيام منه قبل الايقاع فنقول
يبطل بالقيام ما كان من قول الزوج تمليكا وهو جعل الامر بيده فى الصوره
الاولى بنفسها وجعل الطلاق بيده فى الصوره الثانيه بنفسها لاقتصار التمليك
على المجلس ولا يبطل بالقيام ما كان توكيلا وهو الامر بالطلاق فى الصورتين
الاولتين سوا تقدم الامر بالطلاق ام تاخر وكذا الامر بالابانه والطلاق
فى الصوره الاخيره فيقع بالتطليق بعد القيام من المجلس فى الصوره الاولى
والثانيه من الصور الثلث طلقه واحده رجعيه لبقا التوكيل بها وفى الصوره
الاخيره طلقتان باينتان لبقا التوكيل بالكنايه والصريح واحد الطلاقين
اذا كان باينا لا يتصور كون الاخر رجعيا وهل يحتاج المامور الى ايقاعين

مل

بل ان كان التطليق على الفور لا يحتاج لان قوله حينيذ طلقت يصلح جوابا
لهما بمنزله قوله فعلت وان كان فى غير المجلس فلا بد من ايقاعين **قوله**
لانه عكس الفا ابتدا لا جواب اشاره الى عله الفرق بين موجب الواو وموجب
الفا وبيانه ان يقال الواو يذكر للابتدا بكلام اخر لا للجواب لعدم استعمالها
لذلك فقد عطفت جمله تامه على جمله تامه وجمعت بينهما فى التكلم فقط بخلاف الفا
فانه يذكر للجواب لا للابتدا فيتقيد بالكلام الاول ولهذا يصح قول الرجل
فهى طالق او حره لمن قال له زوجنك امتى او بعتكها كانه قال فى جوابه زوجتها
وطلقتها او اشتريتها فاعتقتها بخلاف ما لو قال وهى طالق او حره لانه لم يتقيد بالايجاب
للابتدا فكان لغوا وكذا تتقيد المضاربه فى قول الرجل لغيره خذ هذا الالف
فاعمل به فى البز والكوفه حتى لم يجز له ان يتجاوز ما امر به بخلاف قوله واعمل به
فى البز والكوفه حيث لا تتقيد المضاربه بهما حتى كان له ان يعمل بالمال فى غير
البز والكوفه لما ذكرنا والله اعلم **ص باب التنازع فى التوكيل** اعلم ان
مسايل هذا الباب مذكوره فى الباب الذى يتلو باب السير من اخر الكتاب فى ترتيب
الجامع وفى الباب الحادى عشر من ابواب البيوع معسبه فيه بقوله مسيله املاها
محمد رحمه الله جمعها المصنف رحمه الله فى باب واحد وترجمه بباب التنازع فى التوكيل
ووضعه مع ابواب الوكاله لمناسبته اياها **ص** لو قال بعتها او كاتبت او اعتقت
او دبرت او ضربت على ملكك بامرك او اولدتها بالنكاح وقال المقر له بل على
ملكك بعد ما اشتريتها فالبينه لمن يقيمها لاثبات تمليك او توكيل وللمقر له ان اقاما
لقوه الجمع كما رجحت بينه الايفا والطلاق على بينه الدين والنكاح وان لم تكن بينه
حلف كل واحد على دعوى الاخر للانكار مبتدا بيمين المقر تعجيلا للفايده اذ
نكوله يسقط يمين الاخر بلا عكس لجوازانه وكل ثم باع واذا حلفا غرم المقر قيمتها
ان كانت ميته اذ الحلف نفى عن القبض وصف الملك والوكاله فتعين الضمان
واخذ الثمن والكتابه للملك او دليله كما فى غاصب المدبر كذا ان كانت
حيه لا تعترف بالمقر لامر ولا شى عليه ان كانت تعترف له اذ تعذر الاسترداد
باقراره لولاه اخذ لا بتسليم المقر عكس الاول ويبطل الكتابه لجهل من له القبض
ادحقوقها ضد البيع ليس الى العاقد ويقف الولا والثمن على التصادق ويعتق المدبر
بموت ايهما كان وام الولد بموت المقر والولد حر وفا بزعم المتكاذبين كما مر فى مشتر

بضمن ذلك الى البايع مس رجل باع جاريه وسلمها او كاتبها او اعتقها او دبرها
او ضربها فقتلها او استولدها ثم قال لرجل في الصور الخمس الاول فعلت ذلك
والجاريه على ملكك بامرك وفي الصوره السادسه استولدتها بالنكاح وهي على ملكك
وقال المقر له بل فعلت انت ذلك على ملكك بعد ما اشتريتها مني واقام احدهما بينه
قلت اما بينه المقر له فلانها تثبت ما انكره المقر من التمليك واما بينه المقر فلانها تثبت
ما انكره المقر له من التوكيل وان اقاما البينه فبينه المقر له اولى لقوتها باثبات الامرين
جميعا التوكيل وشرا الوكيل كانه وكله بذلك الفعل ثم باع منه قبل ان يفعله اذ لا تنافي
بينهما واما بينه المقر فلا تثبت غير التوكيل فرجحت بينه المقر له كما رجحت بينه المديون
اذا ادعى الايفا على بينه من يدعي الدين عليه وبينه مدعية الطلاق على بينه من يدعي
نكاحها للقوه باثبات الامرين جميعا اذ لا تنافي بين ثبوت الدين والايفا ولا بين ثبوت
النكاح والطلاق هذا اذا كان لهما او لاحدهما بينه على ما ادعاه واما اذا لم يكن بينه
فيحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر لانكار كل واحد ما يدعيه صاحبه ويبدا
بيمين المقر لان يحلفه اولا اعجل فايده اذ بنكوله يسقط اليمين عن المقر له حيث
يظهر بنكوله الشرا المبطل لدعوى التوكيل بخلاف العكس لان نكول المقر له
لا يسقط اليمين عن المقر لان ظهور التوكيل بنكوله لا يبطل دعوى شرا الوكيل
منه لجواز انه وكله ثم باع منه وان نكل احدهما لزمه دعوى صاحبه وان حلفا
غرم المقر قيمه الجاريه للمقر له ان كانت ميته لان حلف المقر نفى عن قبضه
وصف الملك وحلف المقر له نفى عن قبض المقر وصف الوكاله فصار المقر
قابضا لملك غيره بغير امره متلفا له بفعله فتعين عليه ضمان قيمته للمقر له
وهما وان تصادقا على عدم الضمان لدعوى المقر الوكاله ودعوى المقر له البيع
منه الا انه لما حلفا لم يثبت واحد منهما واذا ضمن المقر قيمه الجاريه لقد الثمن من البايع
وصورة البيع واخذ بدل الكتابه من المكاتبه في صوره الكتابه اما لانه تملك
الجاريه بالضمان فيتبين ان بيعه او كتابته صادف ملك نفسه واما لوجود دليل
ملكه فيهما وهو قيامه مقام المالك في حق ملك العوض عند تعذر تملك الاصل
كما في غاصب المدبر اذا غصب منه فضمنه المالك كان له ان يضمن الغاصب
منه قيمته لانه وان لم يثبت ملكه في المدبر لكونه غير قابل للنقل لكنه قام مقام
المالك في ملك بدله كذا هنا هذا اذا كانت الجاريه ميته وكذا اذا كانت حيه

لكنها

لكنها لا نعرف انها ملك المقر له لما مر من ان حلف المقر نفى عن قبضه وصف
الملك وحلف المقر له نفى عن قبضه وصف الوكاله فتعين التضمين واما اذا
عرف ان الجاريه ملك المقر له فلا شي له على المقر لان تعذر استردادها لم يثبت
بتسليم المقر بل بدعوى المقر له شرا المقر منه اذ لولا ذلك لكان له استردادها
وهذا عكس الوجه الاول لان تعذر الاسترداد هناك ثبت بتسليم المقر لا بدعوى
المقر له شرا المقر ولهذا لم يكن له استردادها اما اذا كانت ميته فظاهر واما اذا
كانت حيه فلتصادقهما على ملك الغير وهو المشتري قوله وبطل الكتابه
الى اخره اعلم ان هذه احكام سته معلله بتعليل واحد وهو زعم التكاذبين
في قول المصنف رحمه الله وفا بزعم التكاذبين وهما المقر والمقر له اما الاول
وهو بطلان الكتابه فلدعوى المقر له انه لم يكاتب بنفسه ولا بوكيله وان المقر
كاتب ملك نفسه بعد الشرا منه والمقر يكذبه بدعواه انه وكيل عنه في الكتابه
وان حق قبض البدل له لكون الحقوق في الكتابه للمالك دون الوكيل لكونه
سفيرا ومعبرا فكان كل واحد منهما مكذبا لصاحبه في ثبوت حق القبض لنفسه
وذلك موجب لعجز المكاتبه عن ادا البدل الى مستحقه لجهالته والعجز عن الادا
اذا وقع من جهه المودي بطلت الكتابه فكذا اذا وقع من جهه المودى اليه
وهذا لان المقصود من الكتابه عتق المكاتب عند الادا ولا يعتق ما لم يود فاذا عجز
عن الادا لا يحصل هذا المقصود فلم يكن في ابقا الكتابه فايده فيبطل ضروره
بخلاف البيع حيث لا يبطل بتكاذبهما لعدم عجز المقر عن قبض الثمن لانه اما مالك
كما زعم المقر له واما وكيل كما زعم هو والوكيل اصيل في قبض ثمن ما باعه لعود
الحقوق اليه ومتى بطلت الكتابه عادت الجاريه الى ملك المقر له اذا عزم على ترك
الخصومه لان انكار المقر الشرا فسخ من جانبه واذا عزم المقر له وهو البايع
على ترك الخصومه وامساك الجاريه فقد ساعده في الفسخ فيتم الفسخ بتراضيهما
كما يتم العقد في التعاطي بالتراضي واما الثاني وهو توقف الولا على التصادق
فلان المقر يزعم ان الولا للمقر له حيث ادعى انه كان وكيلا عنه في الاعتاق
والتدبير وحيث ادعى في الاستيلاد بان عتقها معلق بموتي حكما لدعواه ان
استيلادي في ملكي والمقر له يكذبه في ذلك ويزعم ان الولا له حيث ادعى انه
اعتق او دبر او استولد في ملك نفسه واذا كان كذلك فيتوقف الولا الى ان يرجع

احدهما الى تصديق الاخر لان كل واحد منهما مصر على دعواه بعد التكذيب واما الثالث
وهو توقف الثمن على التصادق فلان المقر ادعى ان الثمن للمقر له والمقر له ادعى ان الثمن
للمقر فيتوقف الامر الى ان يرجع احدهما الى تصديق صاحبه كما قلنا واما الرابع وهو
عتق المدبره بموت احدهما ايهما كان فلان تكاذبهما مستلزم لتصادقهما على ذلك
اما تصادقهما على عتقها بموت المقر له فلدعوى المقر انه دبرها باذنه وهي مملوكه
له ودعوى المقر له ان دعواه ذلك تعليق لعتقها بموتي وهو مالك لها واما تصادقهما
على عتقها بموت المقر فلدعوى المقر ان المقر له لما ادعى انها مدبرتي فقد اقر ان عتقها
تعلق بموتي ودعوى المقر له ان المقر دبر ملك نفسه واما الخامس وهو عتق ام الولد
بموت المقر خاصه والسادس وهو حريه الولد فلتصادقهما على ذلك اما المقر له
فلدعواه ان المقر استولد ملك نفسه وعلق الولد حرا واما المقر فلدعواه ان
الولد وامه ملك المقر له وقد اقر بعتقه في الحال وبان عتقها معلق بموتي فصار
المقر والمقر له كالمشتري اذا اشترى ثم اضاف ذلك الى البايع بان قال كان البايع
اعتقها او كاتبها او دبرها او استولدها قبل البيع وانكر البايع وحلف من حيث انه
تبطل الكتابه بالعجز عن الاداء بجهالة من له حق القبض منهما ويتوقف الولاء
ويتعلق عتق المدبره وام الولد بموت البايع وفا بزعم التكاذب بين البايع والمشتري
لان تكاذبهما يتضمن اقرار المشتري بان المالك وهو البايع علق العتق فيهما بموت
نفسه خاصه ولم يتضمن اقراره بان البايع اقر انه علق عتقها بموتي اذ البايع لم يضف
شيا من ذلك الى المشتري بل انكر فعل نفسه خاصه ولهذا لم يتعرض المصنف
رحمه الله الى ذكر اضافه البايع شيا من ذلك الى المشتري بل اقتصر على اضافه
المشتري ذلك الى البايع حيث قال كما مرّ في مشترٍ يضيف ذلك الى البايع
واذا كان كذلك فيكون تشبيه المصنف رحمه الله مسلتنا بما مرّ في الوفا بزعم
التكاذب خاصه دون ما ينبني على ذلك من الاحكام لاختلافهما اذ في مسلتنا
يتعلق العتق في التدبير بموت ايهما كان سوا كان المقر ام المقر له وفي الاستيلاد
بموت المقر وفي تلك المسيله يتعلق العتق فيهما بموت البايع خاصه وقول
المصنف رحمه الله كما مر اشاره الى ان هذه المسيله المشبه بها مرت فيما تقدم
من الابواب فانها مذكوره في الباب الرابع والعشرين من ابواب البيوع
من هذا الكتاب وهو الباب الثلثون منها في ترتيب التحرير وغيره وهي مذكوره

ايضا

ايضا في الباب الحادي عشر منه ص كتاب الحواله والكفاله باب
حكم الحواله س اعلم ان هذا الباب يشتمل ايضا على مسايل الباب الذي يليه
في ترتيب الجامع لعله المصنف رحمه الله اليه للمناسبه ص بها صار على المحول
ما كان على المحيل اذ نقل الدين اولى لمعناها من نقل الطلب وحده وان عكس
ابو يوسف رحمه الله حسب التاثير في عتق المكاتب وبطلان الرهن بعد الاحاله
على الغير لهذا جاز للمحال ان يبري المحول او يسترهن او يهب منه دون
المحيل على المذهب عكس ما قبلها ولم يصر للمحال ما كان للمحيل وان قيدها
بالدين حذار تمليكه غير المديون بل يلزم المحول دينان لتعذر التوفيق الحال موجلا
لم يظهر الاجل في حق المحيل حسب التاثير بعد الموت والابرا ولا يلزم انه لو كفل
الحال موجلا تاخر عن الاصيل وان كان قرضا لان الدين واحد وهي حيله تاجيل
القروض اذ يثبت ضمنا ما يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق ولا يلزم ما لو اجل
بعد الكفاله اذ موضوعها ان يضيف الى اللازم بالكفاله لا الدين حتى لو عكس
تاخر عن الاصيل ايضا حذو الابرا لكن المحيل لا يستوفي في المقيده جبرا صونا لحق
المحول في القصاص لو ادى او ورث كالو قيدها بوديعه او غصب الا ان يبري
المحال لان ابراه عكس هبته بعض لا يبرى اذ فرع ذمته بعاره او اسقاط لا تمليك
تغليبا للفظ على المعنى قبل العوار حتى تعلق بالشرط ولم يرتد بالرد كابرا الكفيل
عكس ابرا الاصيل والوكيل ويوفي تخليصا لدينه عن الشاغل او قطعا لتوهم
العود بعد التوى وبه لم يصلح وكيلا في القبض عن المحال اذ لا يخلص العمل للغير
وهو بين غرمايه بعد موته ككسب المادون من ديون لحاط بعضه
سابقا اذ المحال ضد المرتهن لا يختص يدا ولا توى ولا يلزم تقدم دين العبد
والصحه على دين المولى والمرض اذ ذاك لفضل اهتمام بحاجه الكاسب او تهمه
في قول المريض دون سبق التعليق بدليل المعروفه وصار بهم المحال متقدا به
لانه وان كان غريم المحيل لكن لو لم يضارب او لا ضارب لخرا للمولى بعوض ما تقيد
به ضد المحال مطلقا س اعلم ان حكم الحواله في ظاهر المذهب ان يصير على
المحول بها ما كان على المحيل من الدين لان نقل الدين اوفى لمعنى الحواله دون نقل
الطلب وحده قوله وان عكس ابو يوسف رحمه الله الواو فيه للتاكيد كما في
قوله صلى الله عليه وسلم وان زنى وان سرق كما قدمناه غير مره وهو اشاره

الى ان موجب الحواله عند ابى يوسف رحمه الله نقل الطلب وحده لا نقل الدين
وحكى عن القاضي ابي خازم رحمه الله انه قال اختلف شاب وشيخ فى هذه المسيله
وعنى بالشاب نفسه وبالشيخ ابا بكر القمى رحمه الله فاجاب الشيخ بقول ابى يوسف
رحمه الله ولم يعرفا الروايه فسالا هلالا الرازيّ فاخرج الروايتين من النوادر
فوافق الشيخَ الشيخُ والشابُ الشابَّ **قوله** حسب التاثير اشاره الى ما يشهد
لكون عقد الحواله موجبه نقل الدين وهو مسيلتان احديها الكاتب اذا احال
مولاه ببدل الكتابه على رجل حواله مقيده بدينه او وديعته او غصبه صحت
الحواله وبرى الكاتب وعتق بخلاف ما اذا كانت الحواله مطلقه قال العتابى
رحمه الله لان بدل الكتابه دين ضرورى ضعيف لا يظهر فى حق صحه الحواله والكفاله
واما اذا قيدت الحواله بما ذكرنا صحت فيكون توكيلا للمحتال عليه باداء مال الكتابه
من مال الكاتب الذى عنده او عليه فيكون معنى الضمان فيه تبعا واما المسيله الثانيه
فالمديون اذا رهن بالدين رهنا ثم احال بالدين على رجل فله ان ياخذه من المرتهن
لبرائته بالحواله عن الدين قال فى التحرير فى المسيله روايتان وما ذكر انه لا يبقى
الرهن قول محمد رحمه الله وما ذكر ثم قول ابي يوسف رحمه الله انتهى كلامه وجه
قول ابى يوسف رحمه الله ان الحواله تاجيل من حيث المعنى لانها ابراء المحيل
الى وقت التوى فيعتبر بالتاجيل الحقيقى وعمل التاجيل الحقيقى فى البراءه
عن المطالبه دون الدين فكذا التاجيل المعنوى وجه قول محمد رحمه الله وهو ظاهر
المذهب وتفريع مسايل الباب عليه ان الحواله مشتقه من التحويل والشى متى
تحول من مكان الى مكان لا يبقى فى المكان الاول ولهذا اجاز للمحتال ان يبرى
المحيل عن دين الحواله او يسترهن منه بالدين رهنا او يهب الدين منه ولو ابرا
المحالُ المحيلَ او استرهن منه رهنا بالدين او وهب الدين منه لم يجز لانتقال
الدين من ذمته الى ذمة المحيل وهذا الحكم عكس الحكم فيما قبل الحواله حيث جاز
للمحال ان يبرى المحيل عن الدين وان يسترهن به رهنا وان يهبه له لعدم انتقال
الدين قبل الحواله وذكر فى خلاصه الفتاوى نقلا من نسخه الامام خواهرزاده
رحمه الله ان الخلاف بين ابى يوسف ومحمد رحمهما الله بالعكس وثمرته فيما اذا ابرا المحال
المحيل عن الدين بعد الحواله فعند ابى يوسف رحمه الله لا يصح لانتقال الدين
الى المحيل وعند محمد رحمه الله يصح ونحوه فى شرح الهدايه للسغناقى رحمه الله

وان بل

قال مثل الدين عباره عن فعل واجب فى الذمه وهو الاداء او مال مقدر فى الذمه
وكل منهما غير قابل للنقل لانه جار مجرى الاعراض التى لا تقبل النقل لكونها لا تبقى زمانين
ولما تصحيح الشرع الحواله المنبيه عن النقل مضافه الى الدين دلاله قبوله النقل
وامكانه على الاجمال وهو وان كان فعلا لاتصافه بالوجوب او وصفا شرعيا الا انه
الحق بالاموال ولهذا وجبت الزكاه فيه وصح الشراء به والمال الحقيقى قابل للنقل فكذا
ما هو ملحق به ثم اذا صحت الحواله لم يصر للمحتال ما كان للمحيل على المحيل وان قيد الحواله
بالدين الذى على المحيل لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك غير جايز
بل يلزم المحيل دينان دين المحال الثابت بعقد الحواله والدين الذى كان للمحيل قبل
الحواله ولهذا لو قبل المحيل الحواله بالدين الحال موجلا بان كان دين المحيل حالا
فاحال غريمه على مديونه بالدين الى سنه صح اشتراط الاجل فى حق المحال والمحيل
لان الواجب بعقد الحواله كالواجب بعقد الكفاله فى صحة اشتراط الاجل فيه ولم يظهر
الاجل فى حق المحيل على حسب التاثير فى مسيلتين احديهما اذا مات المحيل وعليه
تسعمايه درهم دين سوى دين المحال وهو مايه ولم يترك مالا سوى الدين الذى له
على المحيل وهو ايضا مايه فان هذه المايه تقسم على عشره اسهم منها سهم للمحال
الى اجله لظهور الاجل فى حقه برضاه وتسعه اسهم لبقيه الغرما حالا بينهم بالحصص
لانه مال الميت ولم يظهر الاجل فى حق الميت واما المسيله الثانيه وهى ما اذا لم يمت
المحيل لكن المحال ابرا المحيل عن دين الحواله بعد ثبوت تاجيله فيجوز ابراوه
وكان للمحيل حينيذ ان يرجع على المحيل بدينه حالا لان الشغل بحق المحال او بحق
المحيل لكونه لم يقبل الحواله الا بتملك ما فى ذمته وقد زال بابرا المحال وتاجيل
المحال انما لاقى دين نفسه دون دين المحيل وقد سقط دين المحال وبقى دين المحيل
على حاله فيرجع به حالا **قوله** ولا يلزم اى على ما ذكرنا من عدم ظهور الاجل
فى حق المحيل ما اذا كان لرجل على اخر الف درهم حاله فكفل عنه بها رجل الى سنه
بامره حيث يظهر الاجل فى حق المكفول له خلافا لزفر رحمه الله وان كان المكفول له
بمنزله المحيل ويصير ماله على الاصيل موجلا ايضا وان كان الدين قرضا لان الدين
واحد وقد اضاف التاجيل الى الدين اذ لا حق غير الدين حال وجود الكفاله
فصار الاجل داخلا فى الدين ولا يمكن ثبوت الاجل فى حق الكفيل الا بعد ثبوت
التاجيل فى حق الاصيل فلهذا يتاجل فى حقهما قال فى التحرير قالوا وهذا هو الحيله

في تاجيل القروض يعني تبعا للكفالة لانها مؤجلة وان لم يصح تاجيلها قصدا اذ قد يثبت
ضمنا ما يمتنع ثبوته قصدا كبيع الشرب والطريق ولا يلزم على هذا ما لو اجل الطالب
حقه على الكفيل بعد الكفالة حيث لا يتاجل على الاصيل وان كان الدين واحدا
وهو القياس ورواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ذكر ذلك في المحيط الا ان ظاهر
الرواية وهو الاستحسان ان يقول انما لم يتاجل الدين على الاصيل هناك لان موضوع
المسئلة ان الطالب اضاف التاجيل الى الامر اللازم بالكفالة وهو مجرد المطالبة
لا الى الدين حيث اضاف التاجيل الى الكفيل حتى لو عكس بان اضاف التاجيل
الى الدين تاخر عن الاصيل ايضا وهذا لان التاجيل ابرا موقت فيعتبر بالابرا
المؤبد والابرا المؤبد اذا اضيف الى الدين اعتبر في حق الاصيل والكفيل وان
اضيف الى المطالبة اعتبر في حق الكفيل دون الاصيل الا يرى انه لو صالح
الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة برئ الكفيل والاصيل لانه اضاف الصلح
الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ الاصيل عن خمسمائة وبراءته توجب براءة
الكفيل فبريا جميعا عن خمسمائة ولو صالحه عما استوجبه بالكفالة لا يبرا الاصيل
لان هذا ابرا للكفيل عما لزمه بالكفالة وهو مجرد المطالبة قوله لكن المحيل
لا يستوفي في المقيدة جبرا الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر وتقريره
ان يقال لو لم يظهر الاجل في حق المحيل لكان له حق الاستيفاء من المحول عليه جبرا
وليس كذلك وتقرير الجواب ان يقال انما لم يجز للمحيل استيفاء دينه في الحوالة
المقيدة بالدين جبرا لا باعتبار ان المحال يختص به بل لان المحول عليه انما رضي
بقبول الحوالة بناء على انه يملك دين المحيل بالمقاصة اما باداءه الى المحال
واما بارثه بان كان المحال مورث المحول عليه فيموت المحال ويرثه المحول عليه فلو قلنا
بان المحيل يرجع بدينه بغير رضى المحول عليه لفات رضاه بالحوالة فيبطل الحوالة
فلهذا قلنا لا يكون له ذلك صونا لحق المحول عليه في القصاص عند الاداء والارث
كما قررنا الا يرى انه لو قبل الحوالة بدراهم مغصوبة او مودعة عند المحول عليه
لم يكن للمحيل ان يرجع في صورة الغصب لما قلنا وكذا في صورة الوديعة
لتعلق حق المودع بها بدليل ان له ان يمسكها ويدفع الى المحال بدلها وهذا
بخلاف ما اذا كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بالدين والغصب والوديعة
حيث كان للمحيل ان يستوفي دينه وغصبه ووديعته لانه ملكه ولم يتعلق به

حق

حق الغير كما قبل الحوالة قوله الا ان يبرئ المحال الى اخره استثنا
من عدم الاستيفا في الحوالة المقيدة التقدير لكن المحيل لا يستوفي دينه في الحوالة
المقيدة جبرا الا ان يبرئ المحال المحول عليه عن دين الحوالة فحينئذ يكون للمحيل ان
يستوفي دينه جبرا من المحول عليه لزوال المانع بخلاف ما لو كان مكان الابرا هبة
حيث لا يكون للمحيل ان يرجع بدينه على المحول عليه اصلا والفرق ان ابرا المحال نقض
للحوالة لا تقرير لها لان المحول عليه لم يملك شيئا بابرا المحال اما لان المحال بالابرا فرغ
ذمة معارة لما عرف من ان قبول الحوالة اعارة لذمة المحول عليه من المحيل في حق
الدين كما ان قبول الكفالة اعارة لذمة الكفيل من الاصيل في حق المطالبة وبالابرا لم يثبت
للمحول عليه والكفيل الا فراغ ذمتهما المعارة من المحيل في الحوالة ومن الاصيل في الكفالة
ولا يملك بتفريغ الذمة المستعارة او نقول بان ابرا المحال اسقاط محض لحقه
لا تمليك لذمة من المحول عليه لان لفظ الابرا للاسقاط ومعناه للتمليك فجعلناه هنا
للاسقاط المحض دون التمليك تغليبا لجانب اللفظ على جانب المعنى قبل تقرر
دين المحال في ذمة المحول عليه ولهذا جاز تعليق الابرا هنا بالشرط ولم يرتد برد
المحول عليه تغليبا لجانب اللفظ كما في ابرا الطالب الكفيل عن الدين وهذا بعكس ابرا
الطالب الاصيل وابرا البائع الوكيل بالشرا لان اصل الدين على الاصيل فجعلنا
الابرا تمليكا منه تغليبا لجانب المعنى على جانب اللفظ بعد تقرر الدين في ذمته
وكذا الوكيل بالشرا لان اصل الثمن عليه لرجوع حقوق العقد اليه فكان ابرا
البائع اياه عن الثمن تمليكا لكونه بعد تقرر الثمن عليه فيرجع به على الموكل
وعلل في التحرير بان ابرا الوكيل بالشرا عن الثمن بعد جعله اسقاطا من الاصل
لانه يبطل العقد يعني لصيرورته بيعا بلا ثمن ثم مال ولهذا لو ابرا عن البعض
لا يرجع وهذا بخلاف ما اذا وهب المحال دين الحوالة من المحول عليه حيث لم يكن
للمحيل ان يرجع بدينه على المحول عليه لان هبة المحال تقرير للحوالة لا نقض لها
لانها عقد تمليك ولهذا لو اضيفت الى العين افادت ملك العين فكذا اذا اضيفت
الى الدين لانه مال يقبل التمليك لصلاحيته صداقا ونصابا وميراثا ووصية
فملك المحول عليه بالهبة دين الحوالة فيقع المقاصة حينئذ بينه وبين دين المحيل
فامتنع رجوع المحيل عليه اذ لو رجع عليه بدينه لرجع المحول عليه بما ملك من دين
الحوالة ولا يفيد قوله ويوفى تخليصا للذمة عن التشاغل الى اخره اشارة

الى ان المحيل بعد ما حل المحال الدين الحواله ان يوفي دين المحال ولا يكون متبرعا في ذلك
حتى يجبر المحال على قبوله ويكون للمحيل ان يرجع بدينه حالا وانما لم يكن متبرعا
في الابتدا اما لما فيه من تخليص دينه عن الشاغل وهو دين الحواله كمعير الرهن
اذا قضى دين الراهن واما لما في الابتدا من قطع وهم عود دين المحال اليه بعد توى
دين الحواله على الحويل لان المحيل وان برى عن الدين بالحواله لكن لم يتاكد البراه
لانه بعرض ان يعود عليه عند التوى على الحويل بخلاف الاجنبي اذا ادى الدين
لانه ما قصد تخليص شي لنفسه ولا دفع المطالبه عن نفسه في الثاني فكان متبرعا
وصار سقوط الدين بتبرعه كسقوطه باداء الحويل بنفسه الى المحال ولو ادى الحويل
الدين الى المحال لم يكن للمحيل ان يرجع عليه بشي فكذا هذا قوله وهو لم يصلح
وكيلا اي وباعتبار وهم عود الدين على المحيل عند التوى على الحويل لم يصلح المحيل وكيلا
عن المحال في قبض دين الحواله لما فيه من صيرورته وكيلا بقبض الدين من نفسه
على تقدير التوى على الحويل وتوكيل المديون بقبض الدين من نفسه لا يصح
ذكره في خلاصه الفتاوى ناقلا من الفتاوى الصغرى ووجهه ما اشار اليه المصنف
رحمه الله من ان شرط صحه التوكيل خلوص العمل للغير وهو الموكل فاذا كان الوكيل
هو المديون او مولى المديون لا يخلص العمل للموكل لكون الوكيل عاملا لنفسه
من وجه حيث يسعى في تخليص ذمته او رقبته عنده من الدين هذا كله اذا كانت
الحواله مقيده بالدين واما اذا كانت مطلقه فلا يتاتى تعليل جواز ادا المحيل
دين الحواله في مسئلتنا بتخليص دينه عن الشاغل اذ عند الاطلاق لا شاغل
وانما يتاتى بالوجه الثاني وهو قطع وهم عود الدين على المحيل بالتوى على الحويل
قوله وهو بين غرمائه اي ودين المحيل يكون مقسوما بين غرمائه بعد
موته بينهم في ذلك المحال وغيره فيقسمونه بينهم بالحصص غير ان حصه
المحال موجله لظهور الاجل في حقه برضاه دون حصص بقيه الغرما
لانها مال الميت ولم يظهر الاجل في حقه كما قررنا قبل هذا وهو استحسان
والقياس وهو قول زفر رحمه الله ان يكون المحال اخص به لان حقه اسبق
تعلقا من بقيه الغرما لانه تعلق به في صحته دون حق الغرما فيتقدم كما يتقدم
المرتهن على سائر غرما الراهن ووجه الاستحسان ان يقال بان هذا مال الميت
ولم يثبت عليه ملك ولا يد فيكون مقسوما بين الغرما وان كان دين احدهم

اسبق تعلقا كما في كسب العبد الماذون له من ديونه وقد اختلط بعضها بجميع الكسب
سابقا على ديون اخرى وثبت عليه لاحقه وهذا لان المحال لم يختص بدين المحيل
من حيث اليد اذ لا يتصور ثبوت يد الاستيفا على ما في الذمه ولهذا لو توى
على الحويل كان التوى على المحيل دون المحال بخلاف الرهن لانه يثبت عليه
يد الاستيفا للمرتهن ولهذا لو هلك يهلك عليه واذا لم يثبت اختصاصه
كان لغيره من الغرما في استحقاق حصته لكن بصفه التاجيل لما قلنا من رضاه
دون دين بقيه الغرما ولا يلزم على ما ذكرنا من عدم اعتبار سبق الدين
تقديم دين الصحه على دين المرض ولا تقديم دين العبد الماذون على دين مولاه

اي الدين الذي في ذمه مولاه كما اشار الى ذلك في التحرير

لان تقديم دين العبد لفضل اهتمام بحاجه الكاسب لا لسبق التعلق اذ شرط ثبوت
حق المولى في كسبه فراغه عن حاجه نفسه كملك الوارث في التركه شرطه
فراغه عن حاجه الميت واما تقدم دين الصحه اذا كان دين المرض بالاقرار
فللتهمه في قول المريض باسناد المقر له في المرض لا لسبق التعلق بدليل ما لو كانت
الديون المقر بها في المرض معروفه الاسباب فانها تكون كديون الصحه وان كانت
لاحقه لعدم التهمه فيها قوله وضاربهم المحال مقيدا به الى اخره اشاره
الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يكون للمحال
ان يضارب غرما المحيل في دينه لانه لما تحول دينه الى ذمه الحويل صار
من غرمائه لا من غرما المحيل الا ترى ان الحواله لو كانت مطلقه لا يضاربهم
فكذا اذا كانت مقيده بالدين ومر من الجواب ان يقال المحال وان كان غريم
الحويل دون المحيل الا انه لو لم يضارب الغرما في الابتدا تبطل الحواله
الاتي بفوت ما تقيدت به من الدين وعند التوى يعود الدين الى ذمه
المحيل فيصير المحال من غرمائه فيضاربهم واذا ضاربهم في الانتها فلما
يضاربهم في الابتدا قصرا للمسافه الا ان ما يخص المحال ياخذه بعد الاجل ويرجع
بما بقي ان ظهر للميت مال اخر وليس له ان يرجع على الحويل بشي اخر
وهو فايده تخصيص المصنف رحمه الله مضاربه المحال مع الغرما بكونها
مقيده بالدين حيث قال وضاربهم المحال مقيدا به لان الحواله
كانت مقيده بالدين وقد بطلت باستيفائه والتحقت بالعدم فصار كالحواله
المقيده بالوديعه اذا هلكت من المودع وهذا بخلاف المحال مطلقا لان حق

الابتدا

المحال في الحواله المطلقه لا يتعلق بما في الذمه فلم يوجد عدم المضاربه مع الغرما في الاسدا
إلى المضاربه في الانتها فلا يكون للمحال مضاربه الغرما لعدم تبديل دينه بدين المحيل
لكن القاضي اذا قسم دين المحيل بين الغرما يستوثق من كل واحد منهم بكفيل للتيقن
بالمزاحم وهو اما المحال او المحويل لان المحويل اذا ادى دين المحال ثبت له حق
الرجوع على المحيل في ماله لانعقاد سبب وجوب الدين وهو قبول الحواله
في حياته وصحته وكذا المحال يثبت له حق الرجوع اذا مات المحويل مفلسا لعود
دينه على المحيل قبل هذا قولهما اما عند ابي حنيفه رحمه الله فلا تكفل كما لو ادعى
الارث تشهد وا انه وارثه ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكروا عدد الورثه
وقيل بل هو بالاتفاق والفرق لابي حنيفه رحمه الله ان المزاحم هناك موهوم
وهنا متيقن الا انه مجهول جهاله يسيره لانه اما المحويل او المحال والجهاله
اليسيره يتحمل في الكفاله فان قيل اذا كان المزاحم متيقنا وجب ان يعزل نصيبه
ويقسم الباقي كما اذا علم القاضي بغيبه احد الغرما فانه ينصب عنه خصما ويعزل
نصيبه قلنا عدم المطالبه متيقن في الحال من المحويل لانه لم يؤد وكذا من المحال
لعدم افلاس المحويل والمحويل كالكفيل من حيث انه اذا طولب طالب واذا رجع عليه
رجع لمن حيث ان المطالبه تتوجه في ثاني الحال يستوثق بالكفيل ومن حيث
انها لا تتوجه في الحال لا ينصب خصما ولا يعزل نصيب المزاحم ص وان كان
المحيل كفيلا بري وحده ان خصها ببراه نفسه وفا بالشرط والاصيل ايضا ان اطلقها
صرفا الى الدين حده وصلحه عايدا بالسوى الى ما كان ش اي وان كان المحيل
كفيلا بالدين فاحال الطالب على رجل بالدين وقبل المحويل الحواله بري المحيل
عن الدين وحده ان خص الحواله ببراه نفسه بان قال احلتك على غريمي بشرط
ان يبريني خاصه وفا بما اشترطه في عقد الحواله وبراه الكفيل لا يوجب براه الاصيل
واما اذا اطلق الحواله فيبرا الاصيل ايضا لان الحواله المطلقه تنصرف الى الدين
وهو على الاصيل فيبرا الاصيل وببراته يبرا الكفيل ايضا وهذا نظير صلح الكفيل
مع الطالب عن الدين على نصفه من حيث انه اذا اطلق الصلح بري الكفيل
والاصيل عن النصف صرفا للصلح الى الدين وان اشترط براة نفسه خاصه
بري هو وحده دون الاصيل وفا بما شرطه من براه نفسه قوله عايدا
منصوب على انه حال من الدين والتقدير صرفا الى الدين حال كون الدين عايدا

سواه على المحويل الى ما كان عليه اولا وهو انه في الصوره الاولى يعود الى الكفيل
خاصه لانه هو الذي بري بالحواله وفي الصوره الثانيه الى الكفيل والاصيل لانهما
بريا جميعا ص وان كان دينه جيادا او ذهبا وعليه زيف او ورق فاحال
عنهما بجياد او ذهب على ان ياخذهما من غريمه جاز ان قبل الغريم ناقدا في مجلس
المحيل والمحال اذ تصارفا مقتضى ايجاب الجياد كما ينتقل الدين مقتضى هبته
من الكفيل واكد ابداله بضمان المحويل في المجلس كشرط الرهن والكفيل
والنقل الى ذمته توثيق لمزيد الملا زياده لا تفويت للقبض المستحق الا ان يبراه
المحال فينعكس ويبطل الصرف لانه فسخ مجازا كيلا يلغو ولا في ماله حكم
العين حداد الاستبدال غير مشروط بالقبول لوجود الرضى ضمن الحواله ضد غيرها
وان احاله على الجياد او الذهب الذي عليه او على ان يعطيه الجياد او الذهب
الذي عليه لم يجز لان التعريف ضد التمليك بجعل الدين الذي عليه بدلا وفيه
تمليكه من غير من عليه او شرط الثمن على الغير ضد ما لو كانت الجياد والذهب
وديعه او غصبا فانما اذ ملك العين لا الدين ش رجل له دين دراهم جياد
على رجل وعليه دين دراهم زيوف او له دين مايه دينار وعليه دين ورق
فاحال غريمه صاحب الزيوف عن الزيوف بجياد على ان ياخذها من غريمه
مديون الجياد او احاله عن الورق بذهب على ان ياخذه من غريمه مديون
الذهب جاز ان قبل الغريم الحواله ناقدا لما عليه من الجياد او الذهب في مجلس
المحيل والمحال لان المحيل والمحال تصارفا الزيوف بجياد او الورق بذهب
من حيث المعنى لتعذر اعتبار موجب اللفظ وهو الحواله اذ موجبها نقل ما في
ذمه المحيل الى ذمه المحويل وقد تعذر النقل هنا اذ لا جياد على المحيل في الصوره
الاولى لينقلها الى الجياد التي له على المحويل ولا ذهب عليه لينقله الى الذهب
الذي على المحويل وقد قصد ان يجعل حق المحال مثل الجياد او الذهب حيث
احاله بذلك وهذا لا يتحقق الا بايجاب الجياد او الذهب على نفسه عوضا
عن الزيوف او الورق وذلك انما يكون بالمصارفه فيثبت بينهما مصارفه مقتضى
ايجاب الجياد او الذهب على المحيل كما يثبت نقل الدين الى ذمه الكفيل مقتضى
هبه الطالب الدين منه وبيان ذلك ما ذكر في التحرير في ثالث ابواب الشركه
ان الهبه عقد تمليك وبمجرد المطالبه لا يقبله فاذا وهب له ولا دين عليه اقتضى

ذلك نقل الدين من ذمة الاصيل الى ذمته ونقل الطالب الدين ممكن لولاية
عليه فصد الحواله عليه فكذا نقله مقتضى تصرفهما تصحيحا له وانقلبت الكفاله
حواله وذكر ذلك لمعناه واذا كان كذلك صار كان المحيل والمحال تصادقا الزيوف
بالجياد او الورق بالذهب واكد ابدل الصرف وهو الجياد والذهب بضمان
المحول فصار في التقدير كان المحيل قال لغريمه اشتريت منك الزيوف التي لك
علي بجياد على ان احيلك بها على فلان ليؤديها اليك مما لي عليه وكذا في الذهب
والورق فاذا قبل المحول في المجلس جاز استحسانا كشرط الرهن والكفيل
بالثمن ونقل ما وجب على المحيل بالمصارفة المعنوية الى ذمة المحول توثيق لبدل
الصرف بمزيد الملاة عادة اذ في العادة انما يقبل الحواله من المحول المليّ صيانة
للدين عن التوى وليست الحواله هنا تفويتا للقبض المستحق بعقد المصارفة
اذ لا قابض غير المحال وهو العاقد الا ان يبرئ المحال المحول عن دين الحواله
فحينئذ ينعكس الحال اذ يصير الابرا تفويتا القبض المستحق بعقد المصارفة
لا توثيقا ويبطل الصرف لان الابرا عن بدل الصرف مجاز عن فسخه في حق
المحيل والمحال اذ لو لم يجعل فسخا لكان لغوا وبيانه ان ابرا المحال لاقى ما له حكم
عين الواجب له في ذمة المحيل وهو الجياد او الذهب حدار القول بما لا يجوز
من الاستبدال ببدل الصرف قبل قبضه ولهذا يبطل عقد الصرف بافتراق
المحيل والمحال قبل القبض من المحول لما عرف من ان كل واحد من البدلين
في الصرف مبيع يبطل العقد بهلاكه لان البيع لا بد له من مبيع ولا شي في الصرف
سوى البدلين وليس احدهما باولى من الاخر والمبيع لا يجوز الاستبدال به
قبل القبض واذا كان الابرا ملاقيا لما له حكم عين الحق وهو بدل الصرف
كان الابرا كناية عن فسخ العقد كيلا يلغو لتعذر اعتبار حقيقته اسقاطا محضا
لكونه بمنزلة العين في حق المحيل والمحال وتعذر ايضا جعله تمليكا لكونه
مبيعا وتمليك المبيع قبل القبض لا يجوز لا من البايع ولا من غيره قوله
عمره في قوله غير مشروط بالقبول منصوب على انه حال من قوله فسخ العقد
لان ابرا المحال فسخ حال كونه غير مشروط بقبول المحيل وفيه اشاره الى جواب
سوال مقدر وتقريره ان يقال لو كان الابرا من المحال فسخا واقالة لعقد
الصرف لكان قبول العاقد الاخر وهو المحيل شرط الصحته كما في الاقالة

وتقرير

وتقرير الجواب ان يقال المعتبر في صحة الفسخ وجود رضى العاقدين لا عين القبول
كما في العقد المعتبر فيه الرضا دون التلفظ بالعقد وقد وجد رضى المحيل في ضمن
الحواله عندما امر المحول بقبولها مع علمه بان الدين يتحول اليه والمحال ربما
يبريه عن الدين فيصح ابراوه من غير قبول المحول وبراته توجب براة المحيل
وهذا بخلاف الكفاله وان كانت بامره وبخلاف الحواله بغير امره وهي المراد
والله اعلم بقول المصنف رحمه الله ضد غيرها يعني الحواله بامره حيث لا يكون
امر الاصيل فيهما رضا بالفسخ لتتم بدون قبوله حتى ان من اشترى دينارا بعشره
وامر رجلا فتكفل بها عنه ثم ان بايع الدينار ابرا الكفيل وجعلنا ابراه كناية عن فسخ
عقد الصرف من جانبه لا يتم الفسخ بدون قبول الاصيل وهو مشتري الدينار
وان كانت الكفاله بامره لما عرف من ان براة الكفيل لا توجب براة الاصيل
ولا يكون امره الكفيل بالكفاله رضى بالفسخ والاقاله لعدم تعدى البراة اليه
واما الحواله بغير امره بان احتال رجل عن بايع الدينار بثمنه على مشتريه ورضى
بايع الدينار بالحواله ثم ابرا المحال المحول وجعلنا ابراه كناية عن الفسخ لا يتم الفسخ
بدون قبول الذي عليه الاصل وهو مشتري الدينار لان العقد حقه واذا لم
يامره بقبول الحواله لم يوجد منه الرضا بالفسخ فلا ينفسخ بخلاف ما اذا كانت
الحواله بامره هذا كله اذا احاله عن الزيوف بجياد منكرا او عن الورق بذهب
على ان ياخذها من غريمه واما اذا احال على الجياد او الذهب اي احاله
على ان يعطيه دينه من الجياد او من الذهب الذي له عليه او احاله على ان يعطيه
الجياد او الذهب الذي عليه لم يجز لانه عرف الدين المحال به بكونه الذي له
على غريمه والتعريف ضد التنكير فعل الدين الذي له على الغريم بدلا عن دين المحال
لاضافة المصارفة اليه وذلك غير جايز لانه اما بايع لدينه من المحال وذلك
تمليك للدين من غير من عليه الدين واما مشتر لدين المحال وذلك شرا بشرط
ان يكون الثمن على غير العاقد وكلاهما لا يجوز وهذا بخلاف الحواله في المسئله
الاولى لان المصارفة فيها كانت بجياد مرسله في ذمته غير مضافة الى
المحول ثم امر المحال ان ياخذها من المحول فلا يكون ذلك تمليك الدين من غير
من عليه وبخلاف ما اذا كانت الجياد او الذهب المحال به وديعه او غصبا قايما بعينه
عند المحول حيث يجوز الحواله وان كانت مضافة الى الجياد او الذهب على وجه

التعريف لاشتمالها على مصارفة صحيحة اذ التمليك فيها بملك العين دون الدين
فان قيل وجب ان لا يجوز في الوديعة والغصب ايضا لعدم تصور ايفا الزيف
من عين الجياد وايفا الورق من عين الذهب اذ هو صرف قد شرط تسليم بدله
على الغير وهو المحويل قلنا انما يراد بمثله اعطا الوديعة عينها لمكان المحال به
عرفا فينصرف الامر اليه عند التعذر واما الثاني فممنوع لان المفسد ليس هو
اشتراط التسليم على الغير الا يرى انه لو اعطاه ببدل الصرف حويلا صح بل المفسد
هو المصارفة بدين على الغير وهنا ليس كذلك ولو هلكت الوديعة والغصب
ففي الوديعة تبطل الحوالة لفوت ما تقيدت به وفي الغصب لا تبطل لبقا القيمة
ص كذا ان احاله بالزيف والورق على ان يكون الجياد والذهب للمحويل لانه
صارفه بشرط قضا دين اخر وبدل الصرف يقتضي ولا يقضى به حذرا عن فوت
القبض المستحق او شرط لا تقتضيه العقد ضد الاولى واعتبر بالبيع اذ جاز
بشرط ان يحتال البائع بالثمن لا بشرط ان يحيل عليه لكن متى ادى المحويل
بري اذ الفساد لا ينفي الامتثال ولا يمكنه التدارك فصار كالوكيل لو وفي جاهلا
بايفا الامر لا الوكيل بزكي او يعتق بعد تزكية الامر او موت المظاهر عنها لتعذر
التدارك بعد تمامه نقلا وتراجع الاخران بالحق القديم رفعا للفساد ش
اي وكذا لا يجوز الحوالة لو احاله بالزيف على ان يكون الجياد للمحويل بدلا عما
يدفعه اليه من الزيوف او احاله بالورق على ان يكون الذهب للمحويل بدلا
عما يدفعه من الورق لان هذه مصارفة جرت بين المحيل والمحويل بشرط
ان يقضي المحويل ببدل الصرف دينا اخر لم يجب بعقد الصرف وهو دين عدم
المحيل وبدل الصرف يقتضي ولا يجوز ان يقضى به دين اخر قبل قبضه حذرا عن
تفويت القبض المستحق للعاقد بعقد الصرف او نقول بان شرط قضا دين
اخر شرط لا يقتضيه العقد لان دين المحيل لم يجب بهذا العقد بل بسبب اخر
قبل البيع وهو شرط لا يلايم العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين فيكون
مفسدا للعقد بخلاف ما تقدم في المسئلة الاولى وهي ما اذا احاله عن الزيوف
بجياد او عن الورق بذهب على ان ياخذهما من غريمه لان المصارفة فيها
وان كانت مشروطة بضمان المحويل الا انه شرط يقتضيه العقد لكونه موكدا
ما وجب بالعقد وهو الثمن كما قررنا واعتبر ما قلنا في الصورتين بالبيع

من العاقد
صح

اد يجوز البيع بشرط ان يحتال البايع بالثمن على غريم المشتري لما فيه من التوثيق
بالثمن لان الظاهر ان يكون المحويل املا ذمة من المشتري فكان ملايما للعقد كاشتراط
الجودة في الثمن بخلاف ما اذا باع بشرط ان يحيل البايع على المشتري بالثمن غريما له
حيث لا يجوز لانه شرط لا يقتضيه العقد لعدم ملايمته واذا كان موجبا لفساد
البيع مع سعة حاله فلان يوجب فساد الصرف مع ضيق حاله اولى قوله
لكن متى ادى المحويل بري الى اخره اشارة الى ان الحوالة اذا فسدت ثم ادى المحويل
دين الحوالة بري لان فساد عقد الصرف لا ينفي صحة امتثال المحويل امر المحيل بالادا
ولا ينفي مكنة تدارك المحيل ما فرط بمباشرة المحويل من الادا اما الاول فلان المحيل
امره ان يجعل المودى مضمونا على القابض لان الديون تقضى بامثالها
وقد فعل والمقاصة انما وقعت حكما لا بفعل المامور واما الثاني فلان المحيل
يتمكن من تدارك ما فرط من المحويل بالرجوع على القابض وهو المحال فصار
المحويل في مسئلتنا كالوكيل بادا الدين اذا اداه بعد ايفا الامر جاهلا
بايفا الامر من حيث انه لا يضمن لعدم الضرر على الامر فيه اذ يمكنه تدارك
ما فات باسترداد المودى من القابض بخلاف الوكيل بادا الزكوة عند ابي حنيفة
رحمه الله اذا ادى بعد تزكية الامر وبخلاف الوكيل بالاعتاق عن كفارة الظهار
اذا اعتق بعد موت المراة المظاهر عنها حيث يضمنان وان فعلا جاهلين
بتزكية الامر وموت المراة لتعذر امكان تدارك ما فات بفعل الوكيل اذ لا يمكنه
استرداد المال من الفقير ولا اعادة العتيق الى الرق بعد تمامها نقلا عن الامر
فلو لم يجب الضمان على الوكيل لتضرر الامر بعكس ما قلنا في الوكالة بايفا الدين
انه امره بجعل المودى مضمونا على القابض فكذا في مسئلتنا المحيل امر المحويل ان يجعل
المودى مضمونا على المحال وقد فعل وامكن التدارك بالرجوع على المحال
وصح اداوه بالاتفاق واعلم بان المصنف رحمه الله عدى فعل الظهار
بكلمة عن في قوله او موت المظاهر عنها كذا رايته في نسخ متعددة والمذكور
في الصحاح المعتبرة بكلمة من فانه قال وقد ظاهر من امراته وتظاهر وظهر منها
تظهيرا كله بمعنى قوله وتراجع الاخران بالحق القديم رفعا للفساد
اشارة الى ان المحويل اذا بري بالادا عن دين الحوالة كان للمحيل ان يرجع على
المحال بحقه القديم وهو الجياد او الذهب الذي كان قبضه من المحويل ان ادا المحويل

بامر المحيل كان المحيل بنفسه بحكم صرف فاسد فكان له ان يسترد من القابض دفعا لفساد الاداء ثم يرجع المحال على المحيل بحقه القديم وهو الزيوف في الصوره الاولى والورق في الصوره الثانيه ص ولو صالح عن الجياد على الزيف على ان يحيل به او كان دينه زيفا وعليه جياد فاحال عنها بزيف جاز لانه عكس الماضي حط لا صرف اذ لم يعتض عن الوصف حتى لم يفسده الاجل والافتراق والشرط لهذا لو صالح عن حال بيض صحاح مضروب على موجل سود مكسر او تبر جاز بلا عكس ش
رجل عليه الف درهم جياد فصالح صاحبها عنها على الف زيوف على ان يحيل بالزيوف على مديون له او فاحال صاحبها عنها بزيوف على مديونه جاز لانه في الصورتين حط وابرا عن وصف الجوده لا صرف لان صاحب الجياد لم يعتض عن وصف الجوده بشي بل اسقطه بلا عوض ولهذا لم يفسد باشتراط الاجل فيه ولا بالافتراق قبل القبض ولا بالتعليق بالشرط اما في مسيله الصلح فظاهر لانه ينبي عن الحط والاغماض واما في مسيله الحواله فلانهما وان لم ينصا على الصلح لكنهما ذكرا معناه لان المحال وهو صاحب الجياد حط عن المحيل بعض حقه وهو وصف الجوده على ان يحيله على مديونه بالزيوف والمذكور دلاله كالصريح ولو ابراه عن بعض الدين بشرط ان يحيله بالباقي على غريمه جاز لكون الابراء لا تبطل بالشروط الفاسده فكذا اذا ابراه عن وصف الجوده فيكون حطا لا صرفا والجياد يجوز ان تنقلب زيوفا بالحط وهذا بخلاف ما مضى فيما اذا كان دينه جيادا وعليه زيوف فاحال عن الزيوف بجياد على ان يكون الجياد لمديونه حيث لا يجوز لانه عكس ما ذكرنا اذ هو صرف بين المحيل والمحول لا حط لشي عن المحويل وبيانه ان نقول لما تعذر تصحيحه حواله لتعذر ايفا المحويل الزيوف من الجياد وقد شرط المحيل للمحويل زياده الجوده التي لا يمكن تحقيقها الا بالمصارفه صار كان المحيل باع الجياد من المحويل بزيوف على الغير وذلك فاسد لما فيه من البيع بشرط ان يحيل بالثمن على الغير قوله لهذا لو صالح الى اخره استشهاد للفرق بين المسيلتين وبيانه انه اذا كان لرجل على اخر دراهم حاله بيض صحاح مضروبه فصالح منها على دراهم موجله سود مكسره او تبر جاز سوا كان المصالح عليه قدر الدين او اقل وفي العكس وهو الصلح عن الموجل السود المكسر او التبر بالحال البيض الصحاح المضروب لا يجوز وهذا لان

كل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينه لا يحمل على المعاوضه وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ففي الوجه الاول المصالح عليه مستحق بعقد المداينه لكونه من جنس الدين فيجعل كانه استوفى قدر حقه واسقط الوصف ان كان المصالح عليه قدر الدين او استوفى بعض دينه واسقط وصفه وبعض قدره ان كان المصالح عليه اقل لان تصرف العاقل يتحرى لتصحيحه ما امكن وقد تعذر تصحيحه معاوضه لما فيه من بيع الدراهم بمثلها او اقل نسيئه وفي الوجه الثاني المصالح عليه ليس مستحقا بعقد المداينه لزياده الوصف فيكون معاوضه الدين ببعضه وزياده وصف كان صاحب الحق ابراه عن البعض واجله فيما بقي بمقابله الجوده التي شرطها لنفسه فيما بقي ومقابله الجوده بالاجل والقدر ربا الا ترى ان الشرع حرم ربا النسيه وليس ذلك الا شبهه معاوضه المال بالاجل فحقيقه المعاوضه اولى
ص وان احال على ان يعطيه من ثمن الدار والعبد جازت ان كانا للمحويل لانها كالكفاله ان كانت تلغى شرطا لا يلائم كالهبوب والدخول تتعلق بالملائم المسند ركه كلزوم المال ومن عليه ولجل الحصاد واخواته والثمن ملائم تيسيرا مستندرك بجهل الحصول تمكنه البيع ولم يجز ان كانا للمحيل او غيره وان كانا وديعه عند المحويل الا ان ياذن بالبيع لفحش الجهل قبل التمكنه وجاز النهي عنه لا الجبر عليه لانه عكس بيع الرهن شرط اللزوم لا بعده ش رجل احال غريمه على رجل على ان يعطيه المحويل دينه من ثمن هذه الدار والعبد فلا يخلو اما ان يكون الدار والعبد للمحويل واما ان يكون للمحيل او غيره ففي الوجه الاول جازت الحواله لانها كالكفاله من حيث ان كل واحده منهما ان كانت لا تتعلق بشرط لا يلايمها كهبوب الريح ومجي المطر ودخول الدار بل تصح هي ويلغو الشرط لكونها لا تبطل بالشروط الفاسده كالنكاح والابرا الا انها تتعلق بشرط يلايمها كما اذا قال اذا قدم مالي من بلد كذا فانا كفيل لك عن فلان بكذا او اذا قدم المديون من سفره فانا كفيل لك عنه بكذا لكون كل واحد من الشرطين سببا للادا وكذا تتعلق بشرط مجهول يمكن استدراك جهالته كاجل الحصاد والدياس والجداد ونحوها وهذا لان الحواله والكفاله مبنيان على التوسع والجهاله المستدركه فيما بني على التوسع غير مانعه الا يرى ان الجهاله في المكفول به لا تمنع صحه الكفاله مع انه هو المعقود عليه فما ليس بمعقود عليه وهو الاجل اولى بخلاف البيع واذا كان كذلك فنقول المحال به وهو الثمن شرط ملائم لعقد

الحواله من حيث التيسير اذ به يتيسر على المحيل ايفاد من الحواله ومستند ترك الجهاله ايضا لان جهاله حصوله ممكن استدراكها لتمكن المحيل من بيع دار نفسه وعبده متى شا ولا يتعسر عليه عاده الا قليلا ومثل هذه الجهاله غير مانعه كما قررنا واما في الوجه الثاني وهو ما اذا كانت الدار والعبد للمحيل او لغيره وهما في يده او وديعه في يد المحيل او في يد غيره فلا تجوز الحواله لفحش الجهاله في حصول الثمن اذ هو غير مقدور للمحيل الا اذا اذن المالك فحينئذ تجوز الحواله لقله الجهاله لتمكن المحيل من البيع بحكم التوكيل فيصح التزامه مضافا الى حال حصول الثمن

فان قيل وجب ان يصح بيع المحيل مطلقا اذا كان العبد والدار للمحيل لان الامر بقضا دينه من ثمن عبده وداره اذن له بالبيع لانه من ضروراته قلنا انما يكون من ضروراته اذا لم يتوصل الى الثمن الا ببيعه والتوصل الى الثمن ممكن ببيع مالكه فلا حاجه الى ادراج الاذن في كلامه ثم ان كان الثمن اقل من الدين لا يجبر المحيل على دفع الزياده لانه ما التزم الا هذا القدر في الوجهين وكذا اذا باع وتوى الثمن على المشتري او قبضه وهلك عنده لم يلزمه الادا كما لو التزم الايفا من وديعه فهلكت قوله وجاز النهي عنه لا التحجير عليه الى اخره اشاره الى الفرق بين المحيل والعدل في الرهن حيث جاز جبر العدل على بيع الرهن دون نهي المالك وهو الراهن عنه وفي مسيلتنا جاز نهي المالك عن البيع بعد اذنه دون جبر المحيل عليه والفرق ان البيع هنا شرط لزوم الامر بقضا الدين على المحيل والمحيل لتعلقه بالثمن دون العين بدليل ان حق الطالب لا يبطل بهلاك عين الدار والعبد واذا كان البيع شرط اللزوم كان وجوده قبل وجود اللزوم لا بعده ونهي الامر قبل لزوم الامر معتبر وجبر المامور على امتثال الامر هدر واما في الرهن فالبيع ليس شرط اللزوم لتعلق حق الطالب بالعين قبل البيع ولهذا يبطل حقه بهلاك المرهون فكان وجود البيع بعد اللزوم لا قبله كما اشار اليه المصنف رحمه الله فلهذا جاز جبر العدل على البيع ولم يجز نهي الراهن عنه والله اعلم ص باب حكم الكفاله في الاستحقاق وغيره

ش اعلم ان هذا الباب مذكور في ترتيب الجامع قبل باب المفاوضه من ابواب الشركه نقله المصنف رحمه الله الى هنا للمناسبه ص كفل الثمن بامره وادى او صارف او صالح بنقد اخر ثم بان المبيع حرا او مدبرا او مستحقا فله الرجوع

على البائع في الكل لفساد الكفاله بفقد الدين عادلا في الادا الى تعيين المشتري للدفع شرط الضمان اذ معاملته الكفاله لا في الباقي لفقد الاذن ويرجع المشتري على البائع بعد الغرم لملك المضمون لا قبله للعدم ولا يبطل الصلح بفقد قدر الثمن في المجلس لعدم المصارفه اذ له حكم العين صونا لمعنى الاغماض حتى ابطله التصادق على البراه ضد البيع وان مات قبل القبض او رد بعيب او بخيار فالرجوع على البائع للمشتري لانتقال الفعل اليه ضمن صحه الامر عن ملك او سببه والرجوع على المشتري للكفيل وان نقد عنه متبرع لملك الملتزم وللبائع نقض الصلح برد البدل على الكفيل كيلا يغرم ما حط الاغماض معنى كما ان له دفع الغرم باشراك شريك الدين في بدل الصلح ضد البيع وان كفل بغير امر فالرجوع على البائع له لفساد او فوت الغرض كمن تبرع بالمهر ثم بانت قبل الدخول برده او صهاره لا للمشتري لفقد النقد والملك الا ان يرد ما قاله فينعكس الحكم كما انقلب البيع وفي سلامه الثمن للمشتري او الكفيل خلاف ينشيه تقابل معنى الفسخ والبيع ش رجل كفل عن المشتري ثمن البيع وادى الثمن من مال نفسه الى البائع او صارفه بان كان الثمن دراهم فاشتراه منه بدنانير او صالحه عنه على دنانير ثم ظهر بعد ذلك ان المبيع كان حرا او مدبرا او مستحقا لرجل اخر فللكفيل ان يرجع على البائع بما اداه اليه في الصور الثلث كلها لانه دفعه بنا على كفاله ظهر فسادها بفقد الدين المكفول به وهو الثمن لبطلان البيع فكان له ان يسترد كما في البيع الفاسد قوله عادلا منصوب على انه حال من الضمير المجرور في قوله فله العائد على الكفيل التقدير فللكفيل الرجوع على البائع في كل الصور حال كونه عادلا في صوره اذا عين الدراهم الى تعيين المشتري ايضا وفيه اشاره الى ان الكفيل في صوره الادا الى البائع له تعيين المشتري ايضا بخلاف صورتي الصرف والصلح اما الاول فلان الكفاله ان فسدت بفقد الدين المكفول به لكن الامر بالدفع الى البائع بشرط الضمان باق لم يفسد لان الكفاله تنفصل عن الضمان الا ترى انه لو قال لرجل ادفع الى فلان الف درهم على اني ضامن لها فدفع رجع على الامر بحكم الضمان وان لم يكن كفيلا فكذا هذا واما في صورتي الصرف والصلح فلان المشتري انما اذن له في دفع الدراهم فلا يكون بدفعه الدنانير ممتثلا لامره فلا يرجع عليه بل على القابض وهو البائع واذا ثبت للكفيل حق الرجوع على المشتري في صوره الادا واختار الكفيل تغريمه كان للمشتري

ان يرجع على البائع بما غرمه بعد غرمه للكفيل لان الكفيل اذا ضمنه ما دفعه الى البائع
فقد ملكه المضمون وهو عين الثمن المقبوض بخلاف ما قبل رجوع الكفيل على المشتري
حيث لا يكون للمشتري ان يرجع على البائع بشي لعدم ملكه المضمون ولا يقال
بان الماخوذ من الكفيل كالماخوذ من المشتري لكونه نائبا عنه فوجب ان يكون
حق الرجوع للمشتري لا له لانا نقول ليس كذلك اما في اما في صورة الصرف
والصلح فلانه ليس بمامور بدفع الدنانير واما في صورة الاداء فلانه نايب في دفع
الثمن وقد ظهر انه لم يكن عليه ثمن ونفس الدفع لفساد البيع قوله ولا ينعقد الصلح
بعقد قدر الثمن في المجلس الى اخره اشاره الى ان بعض هذه العوارض لو ظهر
قبل تفرق البائع والكفيل حتى بطل الصلح لا ينعقد بعد ذلك وان نقد البائع قدر
الثمن المكفول به لعدم الدين الذي اضيف اليه الصلح اذ الدين الصالح عنه
حكم العين صونا لما تضمنه الصلح من معنى الاغماض والتجوز ببعض الحق ولهذا
بطل الصلح بتصادق المتصالحين على براءة المدعى عليه منها الا ترى ان بدل الصلح
لو كان ثوبا ثم تصادقا ان لا دين لزم رده لبطلان الصلح ولا ينعقد بعد ذلك
بدفع المدعى قدر الدين بخلاف البيع في مسئلتنا حيث ينعقد بدفع البائع قدر الثمن
حتى كان له اخذ الدنانير من الكفيل لان البيع لم يتعلق بعين دراهم الثمن بل بمثلها
لما عرف من ان النقود لا تتعين في عقود المعاوضات وفسوخها وان اشير اليها في العقد
اليها واضيف البيع اليها واذا كان كذلك فبطلان الثمن الذي على المشتري بشي
من هذه العوارض لا يوجب بطلان البيع الذي جرى بين الكفيل والبائع
لبقاء ما اضيف اليه وهو مثل الثمن المكفول به فافترقا قوله وان مات
قبل القبض الى اخره اشاره الى ان المبيع لو لم يظهر فيه شي من هذه العوارض
الموجبه لفساد البيع لكنه مات قبل القبض او رده المشتري بالعيب قبل القبض
او بعده بقضا او بغير قضا او رده بخيار رويه او شرط بشرطه على البائع
وقد نقد الكفيل الثمن المكفول به او صالح عنه او صارفه به بنقد اخر فالرجوع
على البائع يكون للمشتري دون الكفيل سوا كان الكفيل قد رجع على المشتري
ام لم يكن والرجوع على المشتري يكون للكفيل اما الاول فلان فعل الكفيل
وهو الاداء انتقل الى المشتري في ضمن صحه امره اياه بالكفاله بثمن وجب عليه
بناء على ثبوت ملك البايع في الثمن في صوره الموت والرد بخيار العيب والرويه

اوبنا

او بناء على ثبوت سبب الملك له فيه وهو البيع في صوره الرد بخيار الشرط واذا انتقل
فعل الكفيل الى المشتري صار كان المشتري هو المودي للثمن فكان الرجوع له
ولا يقال بان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن عليه قبل الاجازه اجماعا فاذا انفسخ
تبين عدم وجوب الثمن عليه فظهر ان الكفاله وقعت فاسده فوجب ان لا يكون
الرجوع على البائع له بل للكفيل لادائه بحكم كفاله فاسده كما في صوره الاستحقاق
ونظائرها لانا نقول ثبوت الرجوع للمشتري يبتني على انتقال فعل اليه
بناء على امره وصحة الانتقال تعتمد صحة الاداء وقد صح الاداء بناء على سبب وجوب
الثمن على المشتري وهو البيع اذ سبب الوجوب يكفي لصحة الاداء كما يكفي لصحة الابرا
واما الثاني وهو رجوع الكفيل على المشتري فلانه دفع بحكم كفاله صحيحه مامور بها
لانها وقعت بالثمن وبالفسخ لم يبطل الثمن اذ لم يظهر ان الثمن لم يكن فيرجع على الامر
لملكه ما التزمه عنه بعقد الكفاله لما عرف من ان الكفيل بالامر اذا ملك دين الكفاله
باداء او هبه او ارث يرجع على الاصيل بما ملكه بخلاف ما تقدم في الفصل الاول لانه انما
ادى عن الاصيل بحكم كفاله فاسده ولا سقط حقه في عين المودى الى البائع ولهذا
رجع عليه دون المشتري وتاكيد المصنف رحمه الله رجوع الكفيل على المشتري بقوله
وان نقد عنه متبرع اشاره الى ان الكفيل يملك الدين الملتزم بالكفاله اذا تبرع باداءه
عنه متبرع وهو مشكل ان قلنا بان موجب الكفاله مجرد المطالبه على الكفيل اذ مجرد
المطالبه ليس بمال ولا قابل للملك وانما يجب المال في ذمته ضروره تصرف
لا يصح الا في المال كالهبه بخلاف الابرا قال في الذخيره وعن هذا قلنا ان من تبرع
بقضاء المال عن الكفيل فالكفيل لا يرجع على المكفول عنه بشي لان التبرع بقضاء الدين
عن الغير لاسقاط الدين عنه لا للتمليك انتهى كلامه وانما يستقيم ما ذكره المصنف
رحمه الله على احد الطريقين المذكورين في التحرير في الباب الثالث من كتاب الشركه
من ان موجب الكفاله ثبوت المال في ذمه الكفيل مع بقائه في ذمه الاصيل
لانه حينيذ يمكن القول بان الكفيل يملك الدين المكفول به لا يقال فيما ذكرتم زياده
حق الطالب لتعدد الدين حينيذ لانا نقول ليس في ذلك ما يوجب زياده
حق الطالب لان الاستيفا لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصبه كل منهما ضامن
للقيمه وحق المالك ليس الا في قيمه واحده يستوفيها من احدهما غير ان الفرق بين
مسئله الكفاله ومسئله الغصب من حيث ان اختيار تضمين احدهما يوجب براءه الاخر

الكفيل صح

لما فيه من لحسار المليك منه وفي الكفالة بمبسوط المبراه حقيقة الاستيفا وقد تقدم الكلام
على الفرق في اوائل الباب الاول من ابواب الوديعة **قوله** وللبايع نقض الصلح
ورد البدل على الكفيل الى اخره اشاره الى ان الكفيل لو كان صالح البايع عن الثمن على دنانير
ودفعها الى البايع ثم مات العبد قبل القبض وثبت للمشترى حق الرجوع على البايع
بالثمن كان للبايع الخيار في ان ينقض الصلح برد بدله وهو الدنانير الى الكفيل
او يمضيه بدفع الدراهم الى المشترى وانما كان له نقض الصلح لكيلا يلزمه غرم
ما حطه الاغماض من حيث المعنى اذ الصلح مبني على الاغماض والتجوز ببعض الحق
وهو انما قبل الصلح بشرط ان لا يلزمه زيادة الغرم فاذا لزمه كان له ان يدفع الغرم
عن نفسه بنقض الصلح كما ان لاحد الشريكين في الدين اذا صالح المديون من
نصيبه على شيء فاراد شريكه ان يرجع عليه بنصف دينه كان للمصالح ان يدفع
الغرم عن نفسه بدفع نصف بدل الصلح الى الشريك كذا هنا وهذا بخلاف البيع
في السلعتين لان مبناه على المماكسة والاستقصاء فكان مستوفيا للثمن بكماله حكما
ولو استوفاه بكماله حقيقة ثم انفسخ العقد بموت المبيع قبل القبض كان على البايع
رد الثمن من غير خيار فكذا هنا هذا كله اذا كفل بامر المشترى واما اذا كفل عنه
بغير امره فالرجوع على البايع للكفيل في جميع الصور لا للمشترى اما رجوع الكفيل
في صورة الاستحقاق واخواته فلفساد الكفالة بفقد الثمن كما قلنا واما في صورة
الموت قبل القبض واخواته فلان الكفيل تبرع باداء الثمن عن المشترى وقد فات
غرضه من التبرع اذ مقصوده سلامة المبيع للمشترى ولم يسلم فصار كمن تبرع
عن رجل بمهر امراته ثم بانت المراة قبل الدخول بها اما بردة عن الاسلام والعياذ
بالله واما بثبوت حرمة المصاهرة بينها وبين الزوج بان قبلت ابنه بشهوة
وهناك للمتبرع ان يرجع عليها بما تبرع به من المهر لفوات غرضه من التبرع
وهو ملك الزوج بضعها فكذا ههنا واما عدم رجوع المشترى على البايع فلفقد
نقده وملكه اما الاول فلانه لم ينقد الثمن بنفسه ولا بنائبه واما الثاني فلانه
لم يقوم المنقود لسال بانه ملكه بالضمان من جهة الكفيل **قوله** الا ان يرد
بالاقالة الى اخره اشارة الى ان المشترى اذا رد المبيع الى البايع بالاقالة ينعكس
الحكم المذكور فيكون الرجوع على البايع للمشترى لا للكفيل لانه لم يفت غرضه
من التبرع حيث فضلا ان تكون المودى ثمنا وبالاقالة لا يخرج عن كونه ثمنا لان

دفعها

الاقالة بيع جديد في حق الثالث والكفيل ثالث فلا يعتبر حكم الفسخ في حقه بالاقالة واذا كانت
الاقالة بيعا جديدا في حق الكفيل بغير امر انقلب البيع فصار المشترى بايعا والبايع
مشتريا فيستوجب المشترى على البايع ما كان يستوجبه البايع عليه تحقيقا للقلب
ولهذا يحبس المشترى المبيع لاسترداد الثمن **قوله** وفي سلامة الثمن للمشترى
او الكفيل خلاف نشبه تقابل معنى الفسخ والبيع اشارة الى اختلاف المشايخ
رحمهم الله فيما اذا قبض المشترى الثمن من البايع هل يسلم له ام للكفيل منهم من قال
لا يسلم له لان الفسخ بالاقالة في حقه فسخ بلا ثمن لسقوط الثمن عن ذمته بتبرع الكفيل
عنه فيرده عليه ومنهم من قال بل يسلم للمشترى قال في التحرير واليه اشار
في الكتاب فانه قال والثمن للمشترى لانه لا وجه للرد على الكفيل لوقوعه
عقد الغير في حقه وهو فسخ على الثمن في حق البايع لا شك فيه لان ما قبضه
كان ثمنا فقد صار ملكا للثمن من المشترى بطريق الفسخ فيملكه ضرورة وهذا
بخلاف ما ذكرنا في البيوع اذا زاد الاجنبي في الثمن بغير امر المشترى ثم رد
المشترى المبيع بالعيب بغير قضا او تقايلا البيع حيث يرجع المشترى على البايع
بالثمن الذي اداه خاصة والاجنبي بالزيادة لان الاجنبي هناك سبب صفة
العقد وهي كونه رابحا فاشبه العاقد من هذا الوجه والاقالة رافعة للعقد
اصلا ووصفه فيعود الثمن الى ملك الاجنبي ضرورة ص فان كان ادى زيفا
عن جياد فالراجع بعد فسخ او نسا يرجع بزيف لا بجياد لانه عكس ما قبلهما
بالنقض لا العقد ضرورة سقوط موجبه بالانتقاض حتى منع رجوع كفيل
ورث او وهب له وان كان عكس فالراجع على البايع يرجع بالجياد وبها بالنقض
او الملك والراجع على المشترى يرجع بالزيف اذ فضل الوصف كالكفالة
انضاف عليه والخلاف به عكس النقيض ش لا خير ش اي فان كان الثمن
المكفول به دراهم جيادا فادى الكفيل عنها الى البايع زيوفا وثبت الرجوع بالثمن
بسبب فسخ العقد كما في صورة موت المبيع قبل القبض ونحوه او بسبب فساده
باستحقاق المبيع ونحوه فالراجع على البايع يرجع بالزيوف لا بالجياد كما اذا كانت
الكفالة بغير امر ورجع الكفيل عليه في الصورتين او كانت بامر ورجع المشترى عليه
في صورة الفسخ مطلقا او في صورة الفساد بعد غرمه للكفيل ما اداه وكذا
الراجع على المشترى وهو الكفيل بامر اذا اختار الرجوع على المشترى دون البايع

حش
قوله عكس النقيض
يعني اذا دفع الزيوف
عن الجياد تكون خيرا للاصيل
لا شرا نبه عليه السعودي

في صوره الفساد وهذا لان حق الرجوع لم يثبت بالعقد ليستحق الثمن المعقود به
لان العقد لما انتقض بالموت او بالاستحقاق سقط موجبه ضروره وبقي القبض الموجود
من البايع حسبه او من المشتري حكما لامره الكفيل بالدفع الى البايع الا يرى ان البايع
لو وهب الثمن من الكفيل او مات البايع فورثه الكفيل لا يكون له ان يرجع به
على المشتري لانه لم يملك شيا اذ لا ثمن بعد انتقاض البيع واذا لم يبق البيع اعتبر مجرد
القبض والمقبوض كان زيوفا فيرد عينه ان امكن والا يرد مثله كما في الغصب
وهذا الحكم المذكور في الرجوع بعد الفسخ او الفساد عكس حكم الرجوع قبلهما اذ الراجع
قبلهما وهو الكفيل بامر يرجع على المشتري بالجياد دون الزيوف لان حق
الرجوع يثبت له بالعقد لعدم انتقاضه لا بمجرد القبض لان البايع اذا تجوز بالزيوف
وقبضها عن الجياد ملك الكفيل الجياد التي في ذمة المشتري لان الزيوف تصلح
بدلا عن الجياد هذا كله اذا ادى الكفيل الزيوف بدلا عن الجياد واما اذا عكس
بان كان الثمن زيوفا فادى الجياد عنها ثم ثبت حق الرجوع بسبب الفسخ او الفساد
فالراجع على البايع يرجع بالجياد لان ثبوت حق الرجوع بالقبض لا بالعقد لانتقاضه
كما ذكرنا والمقبوض كان جيادا فيرجع بها الكفيل ان كان هو الراجع عليه
اعتبارا لنقض العقد او يرجع بها المشتري ان كان هو الراجع وقد ملكه الجياد
المقبوضه بازا ما غرمه للكفيل المودي بامره واما الراجع على المشتري وهو
الكفيل المامور فيرجع بالزيوف لان فضل وصف الجوده افضال عليه
لا على البايع كما ان الكفاله افضال عليه لا على البايع وهذا لان الكفاله تبرع في حق
من عليه لا في حق من له فصار كان الكفيل ملكه اصل المودى من المشتري وتبرع
عليه بوصف الجوده ثم ادى ذلك الى البايع بطريق النيابه عن المشتري فصار
كما لو ادى المشتري بنفسه وثبت له حق الرجوع على البايع ولو كان كذلك
لرجع بالجياد وان ثبت عليه حق الرجوع تضمن الزيوف فكذا هاهنا قوله
والخلاف به عكس النقيض شرح لا خير اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال اذا ثبت حق الرجوع على المشتري وجب ان يقضي الجياد لان الزيوف
من جنس الجياد فوجب ان لا يصير الكفيل مخالفا بدفع وصف الجوده كما لم يصر مخالفا
في دفع الزيوف عن الجياد والجامع بينهما ان الخلاف في النوع لا في الجنس واذا لم يصر
مخالفا في دفع وصف الجوده وجب ان يرجع بالجياد بخلاف ما لو ادى الدنانير

مكان

مكان الدراهم حيث كان مخالفا لاختلاف الجنس وسر الجواب ان يقال الخلاف
هنا وان كان في نوع ما امر به في الصورتين الا انه اذا كان خلافا الى خير لا يعد
خلافا بخلاف ما اذا كان الى شر والخلاف هاهنا بزياده وصف الجوده خلاف الى شر
فعدّ مخالفا في وصف ما امر به فلم يلزم الامر واما الخلاف في تلك الصوره فهو خلاف
الى خير فلم يعد خلافا الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف زيوف اذا باع بالف جياد لا يكون
مخالفا فكذا هذا اص والمامور كالكفيل ان ادى لا قبله حتى جرى الجبر على القبض
لا على الدفع واعتبر بيعه تملكا للدين ممن عليه لا الغير ترجيحا لوجه الجواز بالاصل
لكن يرجع بالادنى مما امر وادى لانه عكس الكفيل بفرض المودى لا المامور حتى لم يرجع
في الهبه عند الكفيل الا يرى انه لو امر بدفع سود ليكون قرضا للمعطى على الامر وله
على القابض واعطى بيضا رجع على الامر بسود لانه افضل عليه بالوصف كنفس الاقراض
ورجع الامر على القابض ببيض اذ قبضه له ثم لنفسه كقبض الفقير من المامور بان
يطعم عنه عن الظهار شرح لما بين رحمه الله حكم الكفيل في ادايه الدين ومصارفته
وصلحه بنقد اخر مع البايع اردفه بالكلام على المامور بالادا من غير كفاله فقال
والمامور اي والمامور بغير كفاله كالكفيل بامر لقيامه مقام المطلوب في ادا الدين
لكن انما يثبت له حكم الكفيل ان ادى لا قبل الادا اما كونه كالكفيل في الادا فظاهر
وكذا في الصلح لان الصلح يصح من الفضولي فمن المامور بالقضا وهو قايم مقام المطلوب
اولى واما في المصارفه ففيه طعن القاضي ابو الهيثم النيسابوري رحمه الله ووجهه
ان يقال ينبغي ان لا يجوز لما فيه من تمليك البايع الذي له في ذمه المشتري من المامور
وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولهذا لا يصح مصارفه الفضولي والجواب
ان المامور كالفضولي من حيث انه لا دين عليه ولهذا لا يجبر على الدفع الى الطالب
فيكون بيع الطالب منه تمليكا منه للدين من غير من عليه الدين وكالكفيل بامر من حيث
انه التزم الادا من مال نفسه ليرجع بمثله على المطلوب ولهذا لو ادى الدين
اجبر الطالب على قبوله فيكون البيع تمليكا للدين ممن عليه الدين واعتبرنا شبهه بالكفيل
وجعلنا بيعه تمليكا للدين ممن عليه الدين ترجيحا لوجه الجواز بالاصل اذ الاصل
في تصرف العاقل هو الجواز وانما سرك اذا لم نقدر عليه دين اصلا الا يرى انه يجوز
بيع الكفيل وان لم يكن الدين عليه من وجه لبقايه على الاصيل وفقهه انه اذا كان دين
الثمن على المامور من وجه فاشتراه سقط الدين من ذلك الوجه فيصح عقد البيع

مَنْ

من جميع الوجوه صروره عدم تجزى العقد قوله لكن يرجع بالادنى الى اخره
اشاره الى الفرق بين المامور والكفيل بامر من وجه اخر وهو ان المامور اذا ادّى
واراد الرجوع على الامر قبل فساد العقد او قبل فسخه يرجع بالاقل من المودي
والمامور به حتى لو امره بدفع الزيوف فادى الجياد رجع بالزيوف ولو امره
بدفع الجياد وادى الزيوف لان الامر بقضا الدين استقراض من المامور فالمامور
بالادا مقرض المودّى لا الدين المامور بقضايه والكفيل بالعكس لانه يقرض ذمته
من المكفول عنه ليثبت الدين فيها فيكون بالادا مقرضا من المكفول عنه الدين
المامور بادايه لا عين المودى ولهذا لو وهب الطالب الدين من المامور لا يرجع
به على الامر لعدم صحه الهبه منه كما لو وهبه من اجنبى اخر بخلاف الكفيل
فان المكفول له لو وهب الدين منه رجع به على المكفول عنه لان الهبة منه تمليك
لما في ذمته منه فيصح الا ترى انه لو قال لرجل ادفع الى فلان عشره دراهم سودا
لتكون قرضا لك علىّ وقرضا لى عليه فدفع اليه عشره بيضا فان المامور يرجع
على الامر بعشره سود لكونه تفضل عليه بوصف الجوده لا على القابض لان الاصل
وهو الاقراض تفضل على الامر فكذا الوصف وهو الجوده لانه تبع للاصل ويرجع
الامر على القابض بعشره بيض لانه من حيث المعنى قابض من الامر لان قبضه
من المامور فى الابتدا يقع للامر ثم يصير قابضا لنفسه فى حاله البقا كما لو امر رجلا
ان يطعم عن كفاره ظهاره ففعل جاز ووقع قبض الفقير من المامور فى الابتدا
للامر ثم لنفسه فى حالة البقا والله اعلم

ص باب من ابرا الكفيل

مريض محاط بالدين ابرا وارثا او غيره عن كفاله النفس جاز وان لم يجز احد كالعفو بل اولى
لفقد الماليه حالا ومالا بالاعتياض كالشفعه وان ابرا عنها وعن كفاله بالمال علقت
بعدم موافاه النفس فى وقت برى عنها مطلقا لما مرّ وعن كفاله المال بشرط الاجازه
كما فى التنجيز اذ قدرت مضافا او تقدما تشيطهما الموافاه حذار تعليق المال
حتى لو حلت فى المرض كان من جميع المال كما لو كفل صحيح بالدرك او بما ذاب وحلّ
فى المرض ش رجل مرض وعليه دين محيط بماله وله دين على رجل وبنفسه
كفيل اجنبي او وارث فابراه المريض عن كفاله النفس جاز ابراه وان لم يجز احدٌ
من الغرما وبقيه الورثه لعدم تعلق حقهم بكفاله النفس لان المستحق بها الموافاه
بالنفس وليست بمال فصار الابراء عن الكفاله بالنفس كالعفو عن القصاص بل اولى

رجع بالزيوف صح

لنقد الماليه فيها فى الحال وكذا فى المال اذ لا يجوز الاعتياض عنها كما لا يجوز الاعتياض
عن حق الشفعه بخلاف القصاص لانه يجوز ان ينقلب مالا فى المال بالاعتياض عنه
هذا كله اذا كان الابرا عن مجرد كفاله النفس واما اذا كان ابرا المريض عنها وعن كفاله
بالمال قد علقت بعدم الموافاه بالنفس فى وقت بان كان كفل بنفس الغريم على انه
ان لم يواف به فى وقت كذا فعليه المال الذى عليه فلم يات ذلك اليوم حتى مرض
المكفول له فابرا الكفيل عن الكفاله بالنفس والمال جميعا برى من الكفاله بالنفس مطلقا
سوا اجازته الورثه والغرما ام لم يجيزوا لما مرّ من عدم تعلق حقهم بها وكذا يبرا عن
كفاله المال بشرط اجازتهم فان لم يجيزوا فلا يبرا عنها لوجود شرط وجوب المال
وهو عدم الموافاه بالنفس فلا يبرا كما لو ابرا الكفيل فى الكفاله المنجزه بالمال قوله
اذ قدرت مضافا الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
وجب ان لا يلتزم المال بهذه الكفاله لانها اضيفت الى وقت او علقت بشرط لم يوجد
بعد وتقرير الجواب من وجهين احدها ان تقدر الكفاله مضافه الى وقت التكلم بها
لانها اذا وقعت عند وجود شرطها يحكم بوجوب المال من وقت التكلم لا من وقت
الشرط مقصورا عليه لان المال المضاف وجوبه الى وقت بمنزله الواجب فى الحال
والوجه الثانى ان تقدر الكفاله مقدمه على التعليق من حيث المعنى كانه كفل
بالمال فى الحال ثم علق سقوط الكفاله عنه بالموافاه بالنفس اذ فى اعتبار موجب
اللفظ هنا من غير تقديم وتاخير تعليق لوجوب المال بخطر عدم الموافاه وذلك
غير جايز فوجب حمله على التقديم والتاخير تصحيحا لكلام العاقل الا ترى ان مثل
هذه الكفاله لو كانت فى الصحه ثم حلت فى مرض الكفيل كانت معتبره من جميع المال
كما لو كفل الصحيح بدرك المبيع عن البايع ثم استحق المبيع فى مرض الكفيل كانت معتبره
من جميع المال او كفل بما ذاب له على فلان وذاب له فى المرض كذا هذا ص
كذا لو مات الكفيل قبل الوقت اذ التقديم والتاخير يمنع الابتدا على المعدوم صند
مالو اهريق ما الكوز فى يمين الشرب ش اى وكذا الابرا الكفيل عن كفاله المال
فى مسلتنا لو مات قبل الوقت الذى اضيفت اليه الكفاله حتى لو جا الوقت المشروط
قبل ان يوافى ورثته الكفيل بالمكفول به الى الطالب كان المال دينا فى تركته والطالب
اسوه غرما الصحه قوله اذ التقديم والتاخير يمنع الابتدا على المعدوم الى اخره
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال شرط وجوب المال على الكفيل

فيما

عدم موافاته بالمكفول به في الوقت المعين وقد تعذر ذلك بموت الكفيل فصار كتعذره
قبل الشرب كما لو قال ان لم اشرب ما هذا الكوز اليوم فانت طالق واهراق ماءه قبل
الليل لا يحنث عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله والجامع بين الصورتين ان اللزوم في كل
واحده منهما معلق بعدم فعل يمكن ايجاده في الوقت المضاف اليه وموافاه الكفيل
بعد موته بالمكفول به غير ممكنه كما ان شرب ما الكوز بعد فقده غير ممكن واذا كان
كذلك كان في الزام المال بحكم الكفاله بعد موت الكفيل ايجاب الضمان على المعدوم
وهو الكفيل ابتدا فوجب ان لا يجوز وتقرير الجواب ما اشرنا اليه من ان هنا
تصحيح الكفاله بطريق التقديم والتاخير كانه كفل بالمال في الحال ثم علق البراه عنه
بالموافاه بالنفس كما قررنا ولم يوجد الموافاه فبقي المال واجبا بالكفاله
فلم يكن في ذلك ابتدا الايجاب على المعدوم بل بسبب متقدم فصار كما لو حفر بيرا
في الطريق ثم مات فتلف به شي كان الضمان في تركته كذا هذا بخلاف مسئله الكوز
لان اليمين بالطلاق صحيحه بدون التقديم والتاخير لكونه مما يحتمل التعليق بالشرط
ولا حاجه الى تقدير تقديم وتاخير في اللفظ

ص كتاب الصلح

باب الغرور في الصلح وغيره صالح عن انكار على امه وولدها فاقام اخر انها له
اخذها والعقر وقيمه الولد اذ الاغترار بظاهر السبب شبهه يكفي النسب والدرا
دون العتق وحقه كما لو بان دين محيط بعد ايلاد الوارث ولم يرجع به المدعي على
الخصم اذ بزعمها فدا يمين لا بيعا فصار كالموهوبه والمزفوفه الى غير زوجها
الا ان يثبت المدعا بشهود او نكول فينعكس الزعم ويرجع بقيمه الولد دون العقر
لما عرف وبالمدعا ان كان دينا لا تنتقاض الصلح وبقيمه الامه لا الديه ان كان دما
ترجيحا بقوه الماليه بعد امتناع النقض كما في النكاح والخلع والموت قبل القبض
والرد بعيب او خيار عكس ما لو عفا على ان تتزوجه فابت بعد القبول ترجيحا
بالتقوم بلا عقد وبقيمه المدعا ان كانت امه اولدها الخصم ايضا ترجيحا للمبيع على البدل
باعمال دليل الفسخ معنى ان فات شرعا بالايلاد ادبدل المستحق مملوك حدود
بيع العبد من نفسه عكس راي محمد او من قريب او عن اعتق لانه لجبر الزايل
وكان ما لا حال الزوال لهذا لم يجب بدل العتق على الغير ووجب على الشاهد
الراجع والمكره وفي قيمه الخمر ضد العقول وزانه الكتابه اذ لا ماليه لفك الحجر
الا ترى انها لو صالحت عن نفقتها على ثوب فاستحق رجعت بالنفقه ان لم تكن مفروضه

وقيمه

حد المغرور ان يعتمد سببا ظاهرا فعليه حريه الولد
تحرير

وبقيمته ان كانت لكن لا يرجع الخصم بغرم الولد ان استحقت اذ زعم العدم تكذيب ولا يلزم
ما لو كان الخصمين دفعها باخرى احدهما حيث يرجع كل واحد على الاخر بما غرم للمستحق
من قيمه الولد لزعم البيع مطلقا من الخصم مقيدا باليد من المدعي كما في شرا المولى من
مادونه ش رجل ادعى على رجل جاريه فانكر ثم صالحه الخصم على دعواه على امه
فقبضها المدعي واستولدها فاقام رجل اخر بينه ان الامه له فانه يقضي له بها وبعقرها
وقيمة ولدها على المستولد وهو المدعي ولا يرجع بعقر الولد لان المدعي مغتر بظاهر
السبب وهو صلح الخصم بنا على ظاهر مالكيته للامه والاغترار بظاهر السبب شبهه
يكفي لثبوت نسب الولد منه ولدرا الحد عنه ولا يكفي لثبوت عتق الولد مجانا ولا لثبوت
حق العتق للمستولده الا ترى ان الرجل اذا مات وترك امه لا مال له غيرها فاستولدها
وارثه ثم ظهر دين محيط بالتركه لان الامه تباع في الدين ويضمن الوارث قيمه الولد
والعقر لانه بمنزله المغرور لان بين العلما اختلافا ظاهرا في ثبوت ملك الوارث
التركه المستغرقه بالدين ومن يقول بانه لا يملك يقول بان سبب الملك له فيها تام
بدليل ان له استخلاصها بقضا دين الميت من مال نفسه ولو كانت امه فاعتقها ثم سقط
الدين نفذ اعتاقه ولو تزوجها لم يصح فكذا في مسئلتنا المستولد بمنزله المغرور لما ذكرنا
وولد المغرور حر بالقيمه باجماع الصحابه رضي الله عنهم ثم اذا غرم المستولد قيمه الولد
والعقر لا يرجع بشي منهما على الخصم اذ في زعم الخصم ان المدعي ليس بمغرور من جهته
بل هو مغتر حيث ملك الجاريه فدا عما توجه عليه من اليمين لا بطريق المعاوضه
وصار بمنزله الموهوبه اذا استولدها الموهوب له ثم استحقت وكالامه اذا زفت
الى غير زوجها وقيل له هي امراتك فاستولدها ثم ظهر انها امه الغير وغرم العقر
وقيمه الولد وهناك لا يرجع على الغار فكذا هنا وهذا لما عرف من ان العله في الرجوع
بقيمه الولد ليست هي مجرد الغرور بل الغرور مع ضمان الغار سلامه الولد كما سياتي
بعد هذا ان شا الله تعالى قوله الا ان يثبت المدعا الى اخره اشاره الى ان المدعي
بعد استحقاق الامه من يده وعوده الى دعواه على الخصم لانتقاض الصلح باستحقاق
بدله لو اثبت ما ادعاه بشهود اقامهم او بنكول الخصم عن اليمين ينعكس زعم الخصم
اذ يصير في زعمه ان المدعي اخذ الامه منه بطريق المعاوضه فكان بيعا لا فدا لليمين
فيكون غارا للمدعي ويكون المدعي مغرورا من جهته لا مغترا من جهه نفسه فيرجع
المدعي حينيذ بما غرم من قيمه الولد دون العقر وبالمدعا ان كان دينا اما الرجوع بقيمه الولد

حش
ولا يرجع بقيمه الولد
عند الاستحقاق

المدعي وهو
صح

فلما عرف من ان الخصم المعوض عن المدعا صار شارطا للمدعي سلامة الولد تبعا لاشتراطه
سلامة اصله وهو الام اذ كل واحد من المتعاوضين شارط على صاحبه سلامة ما يدفعه
له بان السلامة ما ياخذه منه فصار كمن كفل بالدرك للمشتري او من قال لغيره اذهب
من هذا الطريق فانه امن وان كان مخوفا واخذ مالك فيه فانا ضامن لك والطريق مخوف
فذهب فيها واخذ ماله رجع على الامر بخلاف ما اذا لم يضمن وفي مسئلتنا ان لم يضمن صريحا
لكنه ضمن مقتضى المعاوضة كما ذكرنا وانما يثبت الغرور الموجب للرجوع اذا كان بمحاري
في عقد الضمان ولهذا لا يكون الماخوذ منه غارا في حق الشفيع والمالك القديم
واما عدم الرجوع بالعقر فلما عرف ايضا من انه ضمنه بمباشرته استيفاء منفعة حصلت
له مجانا كمن وهب له طعام فاكله ثم استحق وغرم وهناك لا يرجع على الواهب فكذا
هنا واما الرجوع بالمدعا اذا كان دينا كالالف مثلا فلانتقاض الصلح باستحقاق بدله
وصيرورته كان لم يكن ولو لم يصطلحا كان له اخذ ما ثبت بالشهود او النكول
وهو الالف فكذا هنا واما اذا كان المدعا دم عمد فيرجع بقيمة الامة المستحقة لا بالدية
لانهما اتفقا على مقابلة العفو بالامة وهي مال متقوم دونه فاذا ابطل الصلح باستحقاقها
وامتنع نقض العفو وجب الرجوع ببدلها وهو القيمة ترجيحا لايجاب بدلها بقوة
المالية على ايجاب بدله وهو الدية لعدم مالية القصاص كما اذا استحقت الامة
المتزوج عليها او المخالع عليها وكما لو اشترى امة بعبد فماتت قبل القبض ثم استحق
العبد او رد بعيب او بخيار شرط او رؤية وفي هذه الصور يرجع بقيمة الامة
فكذا في هذه الصورة وهذا الحكم عكس الحكم فيما اذا كان لرجل على امراة قصاص
فعفا عنها على ان تتزوجه فقبلت حتى سقط القصاص ثم ابت بعد القبول ان تتزوجه
حيث يرجع عليها بالدية لا ببدل البضع ترجيحا لبدل القصاص لكونه مما لا يحتاج
في تقومه الى عقد على ايجاب بدل البضع لعدم تقومه بدون عقد واما اذا كان
المدعا امة وقد استولدها الخصم ايضا فيرجع عليه المدعي بقيمتها لانها مبيع لا بقيمة
البدل وهو الامة المستحقة ترجيحا لايجاب قيمة المبيع على ايجاب قيمة البدل باعمال
دليل الفسخ وهو الاستحقاق من حيث المعنى عند تعذر اعماله من حيث الحقيقة
شرعا بالاستيلاد للخصم لانه وان ظهر انه بنا على ملك ظهر استحقاق بدله الا ان بدل المستحق
مملوك ملكا فاسدا والملك الفاسد يكفي لصحة الاستيلاد واذا تعذر استرداد عين
المبيع وجب استرداد ما يقوم مقامه وهو القيمة كما في بيع العبد من نفسه بامة او من

قريب

قريب يعتق عليه بالملك او من غيره فاعتقه ذلك الغير ثم ظهر ان بدله وهو الامة
مستحق للغير وهناك يرجع البائع بقيمة المبيع وهو العبد لا بقيمة بدله وهو الامة
فكذا هنا وتقييد المصنف رحمه الله الحكم في بيع العبد من نفسه بكونه عكس راي
محمد رحمه الله اشارة الى ان محمدا رحمه الله يرى ايجاب قيمة البدل وهو الامة
دون قيمة العبد وحاصل الخلاف راجع الى انه مبادلة المال بغير المال عند محمد
رحمه الله فيرجع عند الاستحقاق بقيمة بدله كما في النكاح والخلع والعفو على ما قررنا
وعندهما مبادلة المال بالمال فيرجع بقيمة المبيع وهو العبد كما في البيع قوله
لانه لجبر الزايل الى اخره اشارة الى ان هذا العقد وان سلم انه مبادلة المال
بغير المال كما قال محمد رحمه الله حتى يجب الحيوان دينا في ذمة العبد لو سمي الحيوان
ثمنا لنفسه ويعتق العبد على ملك المولى حتى يكون الولاء له وليس الى الوكيل
قبض البدل ولا يبطل بقيامه قبل قبول العبد ولا يملك الرجوع ولا يرد البدل بالعيب
اليسير ويثبت في بدله الاجل الى الحصاد والدياس الا ان ذلك في جانب العبد لانه
هو الذي يسلم له العتق الذي ليس بمال اما في جانب المولى فهو مبادلة مال
بمال لان وجوب الضمان عند الاستحقاق لجبر الزايل عن ملكه الى العبد
والزايل عن ملكه كان مالا فكان الزوال ولهذا لم يجب بدل العتق على الغير
لان اشتراط البدل على الاجنبي في المعاوضات المالية لا يصح ووجب على شهود
العتق قيمته اذا رجعوا وعلى المكره بالكسر على الاعتاق وعلى العبد في تسمية
الخمر بان اعتقه المولى على خمر بخلاف العفو في الجميع حتى وجب بدل
الدم على الغير لان اشتراط البدل على الغير في غير المعاوضات المالية
صحيح ولا يجب على شهود العفو اذا رجعوا شيء ولا على المكره على العفو
ولا على القاتل في تسمية الخمر بدلا عن القصاص دل ان البدل في مسئلتنا مال
متقوم وفي العفو ليس بمال بل وزان العفو كتابة العبد على امة بغير
عينها اذا اداها وعتق ثم استحقت وجب الرجوع بقيمة الامة لانها ليست
بدلا عن رقبة العبد بل عما يسلم له بالعقد وهو فك حجر المولى عن نفسه
وكسبه ولا مالية لفك الحجر فكان بمنزلة النكاح والعفو الا يرى ان المراة
اذا صالحت عن نفقتها على ثوب ثم استحق رجعت بالنفقة ان كانت مفروضة
لكون المفروضة مالا فكان الصلح حينئذ مبادلة مال بمال فاذا استحق البدل

رجع بقيمة الاصل كما في البيع وان كانت النفقة غير مفروضة رجعت بقيمة الثوب
لان الصلح حينئذ يكون مبادلة مال بغير مال فاذا استحق البدل رجعت
بقيمته كما في النكاح واذا عرفت هذا فنقول ما ذكر في المتن من التصوير مشكل
لانه عكس ما قررناه حيث اوجب الرجوع بالنفقة اذا لم تكن مفروضة وبقيمة
الثوب اذا كانت مفروضة مع اني كشفته من نسخ متعددة فوجدتها متفقة
على ذلك وهو خلاف المنصوص في الوجيز والتحرير وخلاف ظاهر الدليل
ولعله من طغيان القلم **قوله** لكن لا يرجع الخصم بغرم الولد الى اخره
استدراك مما تقدم في مسيلة الامة التقدير ويرجع المدعي بقيمة المدعا
ان كانت امة اولدها الخصم ايضا لكن لا يرجع الخصم بغرم الولد ان استحقت
الامة التي في يده بعد استيلادها دون الامة التي اخذها المدعي وغرم
الخصم عقرها وقيمة ولدها لان المدعي وان اقر ان للخصم حق الرجوع
عليه بما غرم من قيمة الولد ايضا بنا على زعمه ان الخصم اشترى منه الامة
بالامة التي دفعها اليه كما في العكس الا ان في زعم الخصم تقدم ملك نفسه
فيما استولد وانه لم يستفد الملك من جهة المدعي ولا كان مغرورا من قبله
وذلك تكذيب للمدعي فيما اقر له به من حق الرجوع بقيمة الولد فيرتد
اقراره بخلاف ما تقدم لان المدعي لم يزعم قدم ملك نفسه فيما استولد
فافترقا **قوله** ولا يلزم ما لو كان الخصم دفعها باخرى اخذها الى اخره
اشارة الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يرجع الخصم
ايضا بقيمة الولد على المدعي الا يرى انه لو صالح المدعي على ان يدفع المدعاه
بامة اخرى ياخذها من المدعي وتعاوضا فاستحقت احديهما بعد الاستيلاد
وغرم مستولدها عقرها وقيمة ولدها كان له ان يرجع على صاحبه بقيمة
الولد مدعيا كان المستولد او خصما مع ان المدعي هناك كالخصم في تلك
المسيلة من حيث انه زعم انه استولد الامة التي في يده بنا على قدم ملكه
لا بالمعاوضة فصار مكذبا الخصم فيما اقر له به من الرجوع بقيمة الولد
عند الاستحقاق وتقرير الجواب ان يقال انما يثبت حق الرجوع
بقيمة الولد لكل واحد منهما لزعمه البيع اما من الخصم فظاهر لانه يزعم انه
ما امكنه اخذ ما في يد المدعي الا بتسليم ما كان في يده فكان الصلح في حقه

بيعا

بيعا مطلقا في حق ملك الرقبة واليد واما من المدعي فلانه وان زعم انها ملكه
لكن في زعمه انه ما امكنه تحصيل ملك اليد فيها لنفسه الا بتسليم الامة الاخرى
فكان الصلح في حقه بيعا في حق ملك اليد والشرا لتحصيل ملك اليد امر مقصود
كما في شرا المولى من عبده المادون فانه يجوز لتحصيل ملك اليد وان كان ملك
رقبته للمسبب باساله وروى خلف بن ايوب رحمه الله عن محمد رحمه الله انه
لا يرجع المدعي على الخصم بقيمة الولد في هذه المسيلة ايضا كما ذكرنا في الاشكال
قالوا وهذه الرواية اقرب الى القياس لكن ظاهر الرواية ما ذكرناه **ص**
كذا عند الامام ان كان المدعا دارا بناها الخصم تفريعا على الشرا الفاسد بعا مع
التسليط وان كان البدل دارا سلمها المدعي الى المستحق فاقضا بناه لفقد
التسليط غير راجع على الخصم كما مر في الولد والشفعة تبني على زعم ذي اليد
بيعا فيجب فيما صالح عن دين على دار بلا عكس لما عرف **ش** اي وكذا عند الامام
ابي حنيفة رحمه الله يرجع المدعي بقيمة المدعا ان كان المدعا دارا فبناها الخصم
بعد الصلح فاستحق بدلها لان البنا عنده بمنزلة الاستيلاد في حق قطع الاسترداد
خلافا لهما تفريعا على ما اذا اشترى دارا شرا فاسدا وبنى فيها فعند ابي حنيفة
رحمه الله ينقطع حق البايع عن استرداد عين الدار ويتقرر القيمة وعندهما لا ينقطع
ووجه التفريع انه ظهر ان الخصم اشترى الدار ببدل مستحق للغير وبدل المستحق
مملوك ملكا فاسدا كما قررنا والجامع لابي حنيفة رحمه الله انه بنى في ملك نفسه بتسليط
من له حق الاسترداد فلا ينقض بناه لحقه كما لو بنى الموهوب له في الدار الموهوبة
والبيع وان فسد شرعا الا ان تسليط البايع بقي معتبرا ولهذا لم يكن له نقض تصرفات
المشتري من البيع والهبة والصدقة وبه فارق ما استدلا به من نقض البنا لحق
الشفيع مع ضعفه من حيث انه يبطل بالسكوت والاسقاط دون حق البايع
لان الشفيع لم يوجد منه التسليط على التصرف ولهذا ينقض جميع التصرفات
هذا كله اذا كان البدل المصالح عليه امة واما اذا كان دارا اخرى وبنى المدعي
فيها ثم استحقت فانه يسلمها الى المستحق لما قلنا ويكون للمستحق ان ينقض بنا المدعي
لفقد التسليط منه على البنا ولا يكون للمدعي ان يرجع على الخصم بقيمة البنا كما مر في الولد
وهذا لان البنا كالولد عند ابي حنيفة رحمه الله ولهذا اشتركا في ان كل واحد
منهما يقطع حق الاسترداد عنده ففي كل موضع يرجع فيه بقيمة الولد يرجع فيه بقيمة البنا

والا فلا والمدعى عند استحقاق بدل الصلح اذا كان امة قد استولدها لا يرجع بقيمة الولد كما قدمناه فلا يكون له الرجوع بقيمة البنا اذا نقضه المستحق وقوله المصنف رحمه الله ناقضا منصوب على انه حال من المستحق وقوله غير في قوله غير راجع حال من المدعى فالتقدير وان كان البدل دارا سلمها المدعى الى المستحق حال كون المستحق ناقضا بنا المدعى وحال كون المدعى غير راجع على الخصم بقيمة البنا المنقوض كما في الولد هذا كله عند ابى حنيفة رحمه الله واما عندهما فيرجع المدعى عند الاستحقاق عليه بعين الدار التى في يد صاحبه وينقض بناه كما هو مذهبهما فى بنا المشترى فاسدا قوله والشفعة تبنى على زعم ذى اليد الى اخره اشاره الى حكم الشفعة فى الصلح وبيانه ان نقول ثبوت حق الشفعة للشفيع يبنى على زعم ثبوت البيع ممن تكون الدار فى يده فيجب الشفعة فيما اذا صالح مدعى الدين خصمه على دار لياخذها منه ولا تجب فيما اذا صالح عن دار ادعاها على دين اخذه منه لما عرف من ان تملك الشفيع فى الصورة الاولى على المدعى وفى زعم المدعى انه ملك الدار بازا الدين وذلك بيع وفى الصورة الثانية التملك على الخصم وفى زعمه انه لم يستفد الدار بازا ما دفع وبفهم من هذا ايضا حكم الشفعة فيما اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه دارين لان المدعى اذا صالح الخصم عن الدار المدعاة على دار وجبت الشفعة فيما اخذه المدعى فقط لما ذكرنا من زعمه البيع بخلاف الباقية فى يد الخصم لعدم زعمه البيع واما اذا اصطلحا على ان يدفع الخصم الدار المدعاة بدار اخرى ياخذها من المدعى فتجب الشفعة فى كل واحدة منهما اما التى فى يد الخصم فلانه يزعم انه ملكها بازا الدار المدفوعة واما الاخرى فلان المدعى وان زعم انها ملكه الا انه لما استعمل المعاوضة ظاهرا وحكم بصحتها شرعا صار مكذبا فى زعمه شرعا وثبت حكم المعاوضة الظاهرة واما فى الدار المشتراة شرا فاسدا اذا بنى المشترى فيها فتجب الشفعة فيها عند ابى حنيفة رحمه الله لانقطاع حق استرداد البايع بسبب البنا وعندهما لا شفعة لعدم انقطاع حق الاسترداد ص وان زوجها المشترى بعد العتق واستحقت بعد الايلاد اخذ المستحق الولد ان جهل الزوج حالها كيلا يقطع التبع بغرور مشكوك وقيمته ان علم لاعتقاده ظاهرا ولا يرجع على المشترى لانه مغتر لا مغرور وعكس ما لو شرط حريتها ش رجل اشترى امة فاعتقها ثم زوجها من رجل

وولدت

فلا

فولدت منه ثم استحقها رجل واخذها فلا يخلو اما ان كان الزوج عند التزوج جاهل حال الامة واما ان يكون علم بشرا المولى واعتاقه ففى الوجه الاول للمستحق ان ياخذ الولد ايضا لانه تبع للام ولا ينقطع عنها الا اذا اثبت غرور الزوج اذ النكاح كما يرد على الحرة يرد على الامة والزوج انما ضمن له ما هو من موجبات عقد النكاح وهو ملك المتعة لا ملك الرقبة فكان غرور الزوج مشكوكا فيه والتبع لا ينقطع عن الاصل بغرور مشكوك فيه وفى الوجه الثانى يرجع المستحق على الزوج بقيمة الولد لا بعينه لان الزوج صار مغرورا فى النكاح لاعتماده سببا ظاهرا فى حريته ولده وهو الاعتاق المترتب على الشرا النافذ من حيث الظاهر وهذا هو حد الغرور فكان ولده حرا بالقيمة الا انه لا يرجع بالقيمة على المشترى لانه ليس بمغرور من جهته اذ لم يزوجها على انها حرة بل مغتر حيث اعتمد ما شاهده من الشرا والعتق وهذا عكس ما لو زوجها المشترى منه على انها حرة حيث يرجع عليه بقيمة الولد لانه ما اغتر من جهة نفسه فقط بل هو مغرور من جهة المشترى حيث شرط له حريتها المستلزم لحريته ولده منها فكان ضامنا له سلامة الولد مجانا فاذا لم يسلم له الا بعوض رجع عليه بما غرم بسببه ص وان تزوجها وقد ولدت قبل وبعد غرم قيمتها للمستحق لما مر راجعا على البايع بقيمة الاول لضمان السلامة مقتضى المعاوضة دون الثانى للعدم والعقر بعد الوطى لا الوطى اذ يبطل العقر وما ويل الملك شبهة فى المحل لا الفعل كما فى عقد الفضولى والفساد او فى ملك مشترك فى دار او فى ملك الابن عكس ملك الاب والزوجة والمولى للعكس س رجل اشترى امة ثم اعتقها وتزوجها وقد جاءت منه بولد قبل النكاح وبولد اخر بعده واستحقها رجل وقضى له بها غرم الزوج للمستحق قيمة الولدين لما مر من انه اعتمد سببا ظاهرا فى حريته اولاده لانه استولدها الولد الاول بنا على شرايه والولد الثانى بنا على التزويج بعد اعتاقه فلم يكن راضيا برقهما فكان مغرورا فيهما جميعا لكنه يرجع على البايع بقيمة الولد الاول لانه مغرور فيه من جهته لضمانه له سلامة الولد بمقتضى ما جرى بينهما من عقد المعاوضة ولا يرجع بقيمة الولد الثانى لانه ليس بمغرور من جهته لعدم المعاوضة بالنسبة اليه بل هو مغتر من جهة نفسه فان قيل وجب ان يرجع بقيمة الولد الثانى ايضا كما روى عن ابى يوسف رحمه الله فى الامالى قال بعضهم وهذه الرواية اصح ووجهه ان اعتماده فى حرية الام بنا على اعتماده فى الملك فصار مغرورا فى الثانى من جهة البايع ايضا قلنا البايع انما ضمن له بعقد المعاوضة سلامة ما هو من مقاصد الملك

وحريه الولد الثابت من مقاصد النكاح دون الملك فلا يضاف الى شرط البايع قوله
والعقر بعدد الواطي الى اخره اشاره الى ان المستحق اذا قضى له بالعقر على المستولد
ياخذ منه عقرا واحدا اعتبارا لعدد الواطي لا لعدد الوطي لان العقر حق المستحق
وفي زعم المستحق ان العتق بطل لمصادفته ملك الغير وذلك زعم منه ان الوطيات
كلها مستنده الى سبب واحد وهو تاويل ملك اليمين الثابت للمشتري من حيث
الظاهر وتاويل الملك شبهه في المحل لا شبهه في الفعل والوطي المتكرر في امراه واحده
اذا استندت الى سبب واحد لا يوجب الا عقرا واحدا كما في تكرر وطي الامه المشتراه
من فضولي او بعقد فاسد او في تكرر الوطي في امه مشتركه بينه وبين اخر او في
امه مملوكه لولده وهذا عكس حكم الوطي المتكرر بنا على شبهه الفعل
دون المحل كالوطي في مملوكة الاب والزوجه والمولى حيث يتكرر به العقر
لانعدام السبب والتاويل في المحل وانما سقط الحد عن الواطي لظنه الحل والظن
في المره الثانيه غير الظن في المره الاولى وتنبيه المصنف رحمه الله الوطي في الملك
المشترك بكونه في راي احترازا عما اختاره الشيخ الامام برهان الدين رحمه الله انه يتكرر
العقر عليه بتكرر الوطي لانه لا تاويل له في نصيب الشريك فكانت كل وطيه موجبه
لعقر على حده سعد د والله اعلم

ص باب الصلح في الساحه

لا نقص فيها ملك او يد الا بحجه للشك قبلها ضد المنقول لعيان اليد وجاز الصلح
والشرا من المتداعيين قطعا للنزاع وان استحق البدل عاد المصالح الى الدعوى
لزوال المانع غير رافع بنا او سكنى احدث ولا مثبت به يدا وفا بالشك في الطرفين
وبطل دعوى المشتري رافعا بناه عندهما لا عنده لانه عكس المصالح متملك لا دافع شر
حتى افترقا في الشرب والمسيل فاعتبر زعمه عدم الملك لا ملك البايع لعدم اليد
ولهما نقض العقد والتربص ان نازع مالك اذ منعه يفيت سلامه بعدها الثبوت
قبل النقض كما في اباق المبيع وبحره قبل القبض الا ان يهملا قيد السلامه فيلزم الصلح
في الاصح نصا على دفع المصالح كما في صلح الاجنبي ش رجلان اختلفا في ساحه
كل منهما يدعي انها له وفي يده ولا يعرف ذلك الا بقولهما لا يقضى بها لواحد منهما
بملك ولا بيد الا بحجه شرعيه لوقوع الشك قبل قيام الحجه في ثبوت الملك واليد
لكل واحد منهما واحتمال ان تكون الساحه في يد غيرهما فيكون قضا على الغايب
بغير حجه بخلاف المنقول حيث تثبت اليد فيه بالقول من غير بينه لان اليد امر

حسي مشاهد عيانا ولهذا لو ادعى عبدا فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره لاحتياجه
الى احضاره مجلس القضا واليد في العقار لا نشاهد عيانا لعله في يد الغير كما قلنا فلا تثبت
الا ببينه فافترقا ثم ان اقام احدهما البينه ان الساحه ملكه او في يده بوديعه او غيرها
قضى له وان اقاما البينه قضى بها لهما لانهما خارجان قوله وجاز الصلح والشرا
الى اخره اشاره الى انه ان لم تكن بينه واصطلحا على ان يسلمها احدهما الى الاخر بعد نعيبه
او اشتراها به جاز الصلح والشرا قطعا للمنازعه وان استحق البدل ففي صوره الصلح
يعود المصالح الى دعواه لان بقا العقد مانع من توجه الدعوى واذا انتقض العقد
باستحقاق البدل زال المانع فعاد الامر الى ما كان عليه اولا قوله غير في قوله
غير رافع بنا الى اخره منصوب على انه حال من المصالح سوا كان دافع العبد ام قابضه
وقد اشاره الى ان استحقاق البدل لو كان بعد ما احدث الاخر في الساحه بنا او سكنى
فالمصالح القابض لا يثبت له حق رفع ما احدثه الاخر من البنا والسكنى والمصالح الدافع
لا يثبت يده على الساحه بما احدث من البنا والسكنى اذ بانتقاض الصلح عاد الامر الى
ما كان عليه من ثبوت الشك في الملك واليد الا ترى ان البنا والسكنى لو كانا
قبل الصلح بغير علم صاحبه لا يكون لصاحبه رفعه حتى يثبت دعواه فكذا هذا فالحاصل
ان القاضي لا يتعرض الى احدهما ولا يمكن احدهما من تصرف مبتدا انقضا كان او بنا
عملا بما يوجبه الشك في الطرفين واما في صوره الشرا فبطل دعوى المشتري
والفرق ان المشتري يقصد بشرائه تملك ما يشتريه لا دفع الشر والخصومه عن نفسه
بخلاف المصالح فانه يقصد بالصلح عاده دفع الشر عن نفسه لا تملك ما يصالح عليه
ولهذا افترق الشرا والصلح في الشرب ومسيل الما حتى جاز الصلح عنهما دون شرائهما
ولو كان الصلح عنهما تملكا لم يجز على الانفراد مقصودا واذا كان المشتري
متملكا صار باقدامه على الشرا مقرا بعدم ملكه في الساحه روايه واحده لانه
لا يشتري ما يملكه او صار مقرا بملك البايع في احدى الروايتين فاعتبر زعمه
عدم ملك نفسه حتى بطلت دعواه فيما اشتراه ولم يعتبر اقراره بالملك للبايع
اما على الروايه التي لم يجعل فيها مقرا بملك البايع فظاهر واما على الروايه الاخرى
فلانه انما لم يعتبر زعمه في ثبوت الملك للبايع لان الساحه لم يعلم كونها في يده
والاقرار ممن لا ملك له ولا يد لا ينفذ فلهذا لا يقضى بالساحه للبايع بل يعود الى دعواه
عند انفساخ الشرا لانه بالبيع لم يصر مقرا بعدم ملكه قوله رافعا منصوب

على انه حال من المشترى فى قوله وبطل دعوى المسرى بالبعدبر وبطل دعوى المشترى حال كونه
رافعا بناه عندهما لان العقد فسد باستحقاق بدله والبنا فى المملوك ملكا فاسدا لا يقطع حق الاسترداد
عندهما واما عند ابى حنيفه رحمه الله فيقطعه فلا يلتزم المسرى عنده دفع البنا بل يوخذ
منه قيمه الساحه قوله ولهما نقض العقد والتربص ان نازع ثالث الى اخره اشاره
الى ما اذا صالح احدهما الاخر على عبد على ان يسلم له الساحه او اشتراها منه بعبد
فنازعهما رجل ثالث فى الساحه فلهما الخيار بين نقض ما جرى بينهما من العقد وبين التربص
الى ان يقدر قابض العبد على تسليم الساحه بوجود سببه يثبتها بها لان منع الثالث من تسليم
الساحه يفوت سلامه المعقود عليه فصار كما لو ابق المبيع او تخمر قبل القبض وهناك
يتخير المشترى بين النقض والتربص الى ان يقدر البايع على التسليم بعود الابق وتخلل الخمر
فكذا هنا ولا فرق فى منازعه الثالث بين ان يكون قبل الصلح والشرا او بعدهما قبل تصرف
احدهما فى الساحه تصرفا يختص بالملك اما بعد التصرف فلا يلتفت الى منازعته الا ببينه
لان اليد الثابته لا تنقض بالشك وقوله المصنف رحمه الله سلامه بعدها الثبوت قبل
النقض اشاره الى ما اشرنا اليه من ان ثبوت ملك قابض العبد فى الساحه قبل نقض العقد
بعد سلامه الساحه للدافع لقدره قابض العبد على تسليم الساحه الى دافعه ببينه
بخلاف ما اذا كان الثبوت بعد نقض العقد بينهما بالتراضى او بقضا القاضى حيث لا يعود
الا بالتجديد حتى لو اراد الذى اشترى الساحه او الذى اخذها بالصلح ان يستعيدها ويرد
العبد الى الاخر او اراد الاخر ان يستعيد العبد ويرد الساحه لم يكن لهما ذلك لانفساخ العقد
فصار كما لو فسخ العقد بسبب اباق العبد المبيع بطلب المشترى ثم عاد من الاباق لا يعود العقد
وان قدر على التسليم لان القدره هنا حادثه بعد فسخ العقد فلا يعتبر كذا هذا قوله
الا ان يجملا قبل السلامه الى اخره استثنا من قوله ولهما نقض العقد والتربص البعدبر
والمنذ اعنى الخيار بين نقض العقد والتربص الا ان يجملا ذكر قبله سلامه الساحه
لدافع العبد بان اطلقا الصلح ولم يشترطا تسليم الساحه فلا يكون لهما الخيار فى مسئله
الصلح بل يلزم الصلح فى الاصح قصرا للصحه على المقصود منه وهو دفع المصالح ما صالح عليه
اسقاطا للخصومه وقد سقطت كما فى صلح الاجنبى اذا قال للمدعى صالحنى على كذا او صالح فلانا
على كذا من مالى جاز ولزمه البدل وان لم يقل على انى ضامن فهذا اولى وفى تخصيص المصنف رحمه الله
اللزوم بالصلح فى قوله بعد الاستثنا فيلزم الصلح اشاره الى ان الشرا لا يلزم وان اجملا ذكر شرط السلامه
فيه لان عقد الشرا يقتضى سلامه بازا سلامه سوا شرطا ام لم يشترطا ص كتاب الاجارات

باب

باب من الاجاره الفاسده اذا استاجر لحمل الكل او نسجه ببعض 161
المحمول والمنسوج لم يجز لانه فى معنى قفيز الطحان المنهى لذ اكل ما يوجده العمل اصلا
او وصفا حتى حصد الزرع وجنى القطن ببعضه وقيل يستثنى بعرف البلد
تخصيصا بالتعامل الا الطحن ببعض الدقيق حذار التعطيل بفوت الملحق به ويرده
شرط عموم العرف كما فى الاستصناع ويجب الادنى من اجر المثل والمسمى وفا
بالمفسد والنافى للتقوم لكن ضمن الرضا المشروط بعلم المسمى فاند فعت تسميه
الدابه والثوب ويضمن ما تلف بعمله او اجيره الخاص لانه كعمله وهو غير المستحق
اذ الغاصب يعرف بالوصف كانه عند العاده بما تلف فى يده وقالا يضمنه ايضا
فيما يمكن التحرز بغير احر صح
فيما يمكن التحرز معمولا باجر او غير معمول للتغير او تفريق الصفقه تغيرها
على الجائز لكن بعد العمل لا قبله لانه ضد الجائز غير مجبور عليه ش رجل
استاجر رجلا ليحمل له كر حنطه الى بغداد ببعض المحمول او استاجره لينسج له
هذا الغزل ببعض المنسوج لم يجز لانه فى معنى قفيز الطحان وهو ان يستاجر
ثورا او رجلا ليطحن له حنطه بقفيز دقيق من دقيق تلك الحنطه وقد نهى
النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان والمعنى فيه ان المستاجر عاجز فى الحال
عن ايفا الاجره المشروطه لانها ليست موجوده حقيقه كالعين ولا حكما كالدين
اذ المطحون من هذه الحنطه قبل الطحن لم يوجد الان فى العالم فيعدر الحاسه
فى الذمه فيتحقق العجز اشار الى هذه العله فى الذخيره وكذا كل ما يوجده
العمل المشروط فى الاجاره اصلا كالطحن او وصفا كالحمل وندف القطن وقصاره الثوب
حتى حصد الزرع وجنى القطن ببعضه لان ذلك فى معنى قفيز الطحان من حيث
انه جعل الاجره بعض ما يخرج من عمل الاجير قوله وقيل يستثنى بعرف
البلد الى اخره اشاره الى ما حكى عن مشايخ بلخ رحمهم الله انهم جوزوا مثل هذه
الاجاره فى نسج الغزل بعرف البلد تخصيصا لها بتعامل الناس وضروراتهم
فان العجائز عسى لا يجدن اجره الحائك فى الحال وبه افتى القاضى ابو على النسفى
رحمه الله وكان يقول فيه عرف ظاهر بنسف ولو منع انما يمنع قياسا على المنصوص
وهو قفيز الطحان لكن القياس يترك بعرف الاستعمال كما فى الاستصناع بخلاف
ما لو تعامل اهل بلد فى قفيز الطحان حيث لا يعتبر تعاملهم فى جوازه لما فيه
من تعطيل الملحق به وهو قفيز الطحان المنصوص عليه وتعطيل النص لا يجوز

قوله ويرده اي ويرد استثنا بعض الصور بعرف البلد ان يقال الشرط
في ترك القياس بعرف التعامل ان يكون العرف عاما كما في الاستصناع اما اذا لم يكن
عاما فلا لان تعامل اهل بلد ان اقتضى جواز التخصيص فترك التعامل من اهل
بلد اخر يمنع التخصيص فلا يثبت التخصيص بالشك ثم اذا فسدت الاجارة يجب
الاقل من اجر المثل والمسمى اما وجوب اجر المثل اذا كان اقل من المسمى فللوفا
بالشرط المفسد اذ موجب العقد الفاسد فيه للمعقود عليه لان الفاسد معتبر
بالجايز فكما سموم المنافع في الجايز فكذا في الفاسد واما وجوب المسمى اذا كان اقل
من اجر المثل فللوفا بالثاني لتقوم المنفعة لان المنافع انما تتقوم بالعقد ولم تقومها
العاقدان باكثر من المسمى فبقي ما زاد على ما كان عليه من العدم بالنافي
الاصلي بخلاف بيع العين فاسدا حتى يجب فيه القيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان
متقومة بنفسها وانما يعدل الى المسمى عند صحة التسمية بتراضيهما فاذا فسدت التسمية
وجبت القيمة بالغة ما بلغت بالموجب الاصلي هذا اذا اوفى العمل المشروط
اما اذا اتلف المحل قبل تمام العمل فيجب اجرة بحسابه على الوصف الذي ذكرنا
قوله لكن ضمن الرضا المشروط بعلم المسمى الى اخره اشارة الى ان ايجاب
اقل الامرين في الاجارة الفاسدة انما يمكن اذا وجد الرضا به والرضا به مشروط
بالعلم بالمسمى لان الاقدام على العقد الفاسد مع العلم بالمسمى فيه يكون رضى بذلك
المسمى فيمكن حينئذ ايجاب احد الامرين كما ذكرنا اما اذا كان المسمى مجهولا
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا قال استاجرت هذه الدار بدابة او ثوب
ولم يبين لانه حينئذ يتعذر اعتبار المسمى لجهالته فيجب المصير الى الموجب الاصلي
وهو اجر المثل وكذا اذا كان بعض المسمى مجهولا والبعض معلوما لانه لا يمكن
تقدير القيمة بالمعلوم خاصة لانهما لم يتقوما هاهنا خاصة انما تقوما به وبالمجهول
فتعذر العمل بجميع المسمى فيصار الى الموجب الاصلي كما ذكرنا ذكر هذا في الذخيرة
قوله ويضمن اي الاجير ما تلف بعمله او بعمل اجيره الخاص لان عمل الاجير
الخاص كعمله نحو تخرق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به الحمل وغرق السفينة من مده لان العمل المفسد هو غير العمل المستحق
عليه فلا يكون ماذونا فيه وبيانه ان المعقود عليه عمل في الذمة وهو غايب
والغايب انما يعرف بوصفه والوصف المعرف للعمل هو وصف السلامة لان مطلق

الحمال

عقد

عقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه من العيب كما في البيع فان الموصوف
بانه سليم غير الموصوف بانه معيب فصار كان الاجير تجاوز ما يقتضيه العقد
من وصف السلامة عادة فكان متعديا فيضمن كالختان والبزاغ والفصاد اذا
جاوز الموضع المعتاد بخلاف اجير الوحد لان منافعه صارت مملوكة للمستاجر
فاذا امره بالتصرف في ملكه صار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمن
وبخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يتقيد فعله بالمصلح خاصة لانه يودي الى امتناعه
عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده بالمصلح فاذا اتى بالمفسد
ضمن على ما بينا بخلاف ما اذا تلفت العين في يده من غير صنعه حيث لا يضمن
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن ايضا فيما اذا تلف
بامر يمكنه التحرز عنه كالغصب والسرقة فنضمنه لتقصيره في الحفظ كالوديعة
اذا كانت باجر بخلاف الحرق الغالب ونحوه لانه لا يمكنه التحرز عنه فلم يكن مقصرا
ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لحصول القبض باذن المالك
ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمن بالاتفاق ولو كان مضمونا عليه
لضمنه كما في الغصب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى قابله الاجر قوله
معمولا باجر الى اخره منصوب على انه حال من المفعول وهو الضمير المنصوب
المتصل في قوله يضمنه العايد على ما في قوله ويضمن ما تلف وهو اشارة
الى ان الضمان اذا وجب على الاجير المشترك اما بالاتفاق كما اذا اتلف المتاع
بعمله واما عندهما كما اذا اتلف بغير عمله بسبب يمكن التحرز عنه يكون المستاجر
بالخيار بين ان يضمنه اياه معمولا وله الاجرة بقدر العمل وبين ان يضمنه اياه
غير معمول ولا اجر له وانما يثبت له الخيار اما لتغير حق المستاجر من العين
الى البدل وهو القيمة قبل تمام التسليم واما لتفرق الصفقة قبل التمام فيما
لا يحصل المقصود الا بجملته تفريعا على العقد الجايز فان مقصود المستاجر
في الحمل لا يحصل الا بوصول المتاع الى موضع حاجته وفي القصارة والصبغ
لا يحصل الا بوصول المتاع اليه مقصورا ومصبوغا لكن هذا الخيار في التضمين
في العقد الفاسد من كونه معمولا او غير معمول انما يمكن بعد وجود عمل الاجير لا قبله
بخلاف التضمين في العقد الجايز حيث يمكن سواء كان الهلاك قبل العمل ام بعده

والفرق ان بمجرد العقد الجائز يستحق العمل على الاجير ولهذا يجبر عليه فامكن القول بتضمينه معمولا وفي العقد الفاسد العمل غير مستحق عليه ولهذا لا يجبر فتعذر القول بتضمينه معمولا قبل العمل بخلاف ما بعده لوجود العمل حسا فامكن القول بتضمينه معمولا ص كذا ان استاجر لحمل البعض اونسجه اوطحنه بالبعض شايعا لما مر بل اولى اذ الشركة مع الفعل يملك المعجل لا بعده عكس الاولى وبالحرف لا يجب الاجر ان حمل الكل اذ يمتنع الابقا بما لم يخلص للغير وجاز استيجار الغانم لحمل المغنم اذ لا ملك قبل الاحراز وجاز استيجار شقص الشريك من عبد ودار للخياطة والسكنى اذ الاجر عكس هذه بالتمكين لا الفعل وقدر الاجر مضمون مطلقا لفساد الملك وفي باقيه التفصيل الماضي ش اي وكذا لا تجوز الاجارة اذا استاجر لحمل بعض الكر اونسج بعض الغزل او طحن بعض الحنطة بالبعض الباقي شايعا لما مر في الصورة الاولى من انه في معنى قفيز الطحان المنهي عنه من حيث ان المسمى معجوز التسليم لكونه بعض ما يوجده عمل الاجير بل هذه الصورة اولى بعدم الجواز من الصورة الاولى لانه جعل بعض الكر مشاعا اجرة لعمله وعجلها بتسليم الكل اليه فتثبت الشركة باول جز من العمل لا بعد الفراغ منه عكس الصورة الاولى فان الشركة فيها انما تثبت بعد الفراغ من العمل لا مقارنا له فاذا امتنع الجواز في تلك الصورة فهنا اولى لانه ما من جزو الا والاجير عامل لنفسه فيه فلا يستحق تسليم المعقود عليه لعدم خلوص العمل للغير وهو المستاجر ولهذا لا يجب الاجر هنا وهذا بخلاف ما اذا استاجره ببعض الكر عينا حيث يجوز اذ لا شركة بينهما في الابتدا ولا في الانتها قوله وبالحرف لا يجب الاجر الى اخره اشارة الى الفروع التي تبنى على الاصل المذكور وهي ثلثة الاولى عدم وجوب الاجرة اذا حمل الاجير الكر كله لان الاجرة انما تجب بمقابلة خلوص العمل للغير فاذا كان المحمول مشتركا لا يخلص للمستاجر ويفهم من تقييد المصنف رحمه الله عدم وجوب الاجر بحمل الكل انه اذا حمل البعض المشروط حمله دون البعض المسمى للاجر يجب له الاجر لانه قبض المسمى على وجه التعجيل وفي الحمل المشروط عليه بالعقد يجب له الاجر وهذا انما ذكرته تفقها لا نقلا الفرع الثاني جواز استيجار الامام بعض الغانمين لحمل شي من المغنم لانه لا ملك للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام فلم تثبت الشركة المانعة من خلوص العمل للمستاجر

الفرع الثالث جواز استيجار شقص الشريك من العبد المشترك لخياطة الثياب او من الدار المشتركة للسكنى لان الاجر فيهما يجب بتمكين المواجر لا بنفس الفعل ولا يعتبر فيه خلوص العمل للمستاجر ولهذا يلزم المستاجر بنفس التمكن من الانتفاع وان لم ينتفع بخلاف مسئلتنا هذه فان الامر فيها بالعكس لان الاجر فيها يجب بالعمل لا بنفس التمكن ولهذا لا يلزم بدون الفعل والفعل ورد على محل مشترك فلم يخلص العمل للمستاجر فلا يجب الاجرة كما قررنا قوله وقدر الاجر مضمون مطلقا الى اخره اشارة الى حكم الضمان في هذه المسئلة عند هلاك الكر وبيانه ان تعالى قدر البعض المشروط اجره من الكر يكون مضمونا مطلقا سوا هلك قبل الحمل ام بعده لانه قبضه على وجه التملك اجره عما يحمله فيملكه بالقبض وان كان فاسدا واما باقي الكر ففيه التفصيل الماضي وهو انه يضمن ما تلف بعمله او بعمل اجيره الخاص بالاتفاق ولا يضمن ما تلف في يده بغير صنعه عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما يضمن فيما يمكنه التحرز عنه دون غيره ص باب

من اجاره الوكيل ان مضت مدتها والدار في يد الوكيل طولب بالاجر وفا بالحقوق ويرجع على الامر فيما لم يطلبه بالتسلم اذ قبضه قبضه كما في البيع وفيما طلب ان لم يكن العقد بشرط تعجيل الاجر اذ منعه عدوان لا ينقض القبض حكما كما في التسليم لا ان كان بشرطه لانه عكس الاولى حق لا غصب يظهر ان القبض لنفسه دون الامر كما في البيع ولا يلزم ان غصب الاجنبي سقط الاجر عنهما مطلقا لانه عكس غصب الوكيل بفوت المنفعة قبل القبض لا بعده اذ تقدير الوجود والعقد حسب الحدوث لا بعد والعقد والعائد حتى يسخ بالعذر والهدم والموت وجازت اقالة الوكيل فيها بعد القبض قياسا كما قبله ضد البيع ش رجل امر رجلا بان يستاجر له دارا بعينها سنة بمائة درهم ففعل وقبض الدار ثم مضت مدة الاجارة والدار في يد الوكيل فللآجر ان يطالب الوكيل بالاجرة لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه لكونه اصلا فيها كما في البيع ويرجع الوكيل على الامر بالاجرة فيما اذا لم يطالبه بالتسليم لان قبض الوكيل كقبضه كما في بيع العين اذا قبض الوكيل المبيع وهلك في يده واما فيما اذا طالبه الآمر بالتسلم فمنعه فلا يخلو اما ان يكون عقد الاجارة بشرط تعجيل الاجرة او لم يكن فان لم يكن فكذلك يرجع الوكيل بالاجرة ايضا لان منعه حينئذ

عدوان منه بغير حق والمنع بغير حق لا ينتقض ما ثبت في قبض الآمر حكما لقبض
وكيله كما في الوكيل بشرا العين اذا قبضها ومنعها من الموكل بغير حق اذ يصير
كانه سلمها اليه ثم غصبها منه كذلك في الوكيل بالاجاره اعتبارا لشرا المنفعه
بشرا العين الا ان الفرق بينهما ان في شرا العين يرجع الموكل على الوكيل بالقيمه
وهنا لا يرجع لان المعقود عليه منفعه والمنافع لا تضمن بالغصب عندنا فلا يجب
للامر على الوكيل وتجب الاجره على الموكل للوكيل واما اذا كان عقد
الاجاره بشرط تعجيل الاجره او لم يكن لكن الوكيل عجلها من مال نفسه من غير
شرط فلا رجوع للوكيل على الامر بشي لان منع الوكيل هنا بحق وجب له لا عدوان
وغصب فظهر به ان قبض الدار وشغلها لحق نفسه دون حق الامر كما في منع
العين فلا يجعل تمكنه من استيفا المنفعه بمنزله تمكن الامر ليرجع عليه قوله
ولا يلزم ان غصب الاجنبي يسقط الاجر الى اخره اشاره الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال اذا صار الوكيل غاصبا للمنافع وجب ان يسقط الاجر
عنه وعن الامر جميعا مطلقا سوا كان العقد بشرط التعجيل ام لم يكن كما لو غصبها
الاجنبي منه او من الامر ولم يدفعها اليهما حتى مضت المده وتقرير الجواب
ان يقال الفرق بين الغصبين ان غصب الاجنبي بالعكس من غصب الوكيل
فانه يفوت المنفعه قبل قبض الوكيل والموكل لا بعد قبضهما وفوت المعقود
عليه قبل قبض العاقد لا الى خلف يسقط البدل وغصب الوكيل من الموكل
حقيقه او حكما يفوت المنفعه بعد قبضه حقيقه وقبض الموكل حكما لا قبل قبضهما
فيصير الموكل في التقدير قابضا كل منفعه تحدث في يد الوكيل حكما لقبض الوكيل
ثم يصير الوكيل غاصبا لها منه بعقبه حدوثها في يده الحكميه وهذا لان تقدير
وجود المنفعه المعدومه حال العقد وتقدير تجدد انعقاد العقد عليها حسب
حدوثها ساعه فساعه انما يثبت ضروره جواز العقد فلا يتجاوز العقد ولا العاقد
اذ ما ثبت بالضروره يتقدر بقدرها وحينئذ لا يلزم من تقدير وجود كل المنفعه
في حق قبض الوكيل تقدير وجودها في حق الاجنبي لعدم اعتبار الضروره
في حقه بخلاف العاقد ولهذا المعنى الذي قررنا من تقدير تجدد عقد الاجاره
على حسب حدوث المنفعه في حق العاقد فسخت الاجاره بالعذر وبهدم الدار
وموت العاقد وجازت اقاله الوكيل مع الآجر بعد قبضه فهذه اربعه احكام

مبنيه

مبنيه على الاصل المذكور اما الاول فلان العذر في الاجاره كالعيب عندنا من حيث
انه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر زايد يلزمه ولما كان الانعقاد
يتجدد على المنفعه شيا فشيا كان ذلك العذر بمنزله عيب حادث قبل القبض
فيوجب خيار الفسخ كما في البيع واما الثاني فلان الهدم يفوت المعقود عليه
وهو المنفعه فيمنع تجدد الانعقاد وقد اختلف اصحابنا رحمهم الله في هذه
المسيله فقيل ينفسخ العقد بمجرد الانهدام وانقطاع الما عن الرحا وانقطاع
الشرب عن الارض لفوات المعقود عليه قبل القبض وقيل لا ينفسخ ما لم يفسخ
لاحتمال عود المنفعه كما في اباق العبد المستاجر واما الثالث فلان تجدد
العقد انما يتحقق عند وجود العاقدين فاذا مات احدهما تعذر القول
بتجدد الانعقاد لعدم العاقد فينفسخ العقد ضروره واما الرابع فتقييده
بكونه قياسا اشاره الى ان الاستحسان عدم جواز الاقاله ووجه القياس
ان الموكل لم يثبت له ملك ولا يد في المعقود عليه لكونه معدوما في الحال
ولهذا سقط الاجر بانهدام الدار وغصبها ووجه الاستحسان ان يجعل قبض
الدار كقبض المنفعه كما جعل العقد عليها كالعقد على المنفعه الا ترى انه
لا يملك التصرف قبل قبض الدار ويملكه بعده واذا ثبتت يد الموكل على الدار
حقيقه بقبضه او حكما بقبض الوكيل وصارت استدامه اليد الى انتها المده
مستحقه للموكل لم يكن للوكيل ابطال حقه استحسانا اما الاقاله قبل القبض
فوجدت قبل ثبوت اليد حقيقه وحكما فصحت قياسا واستحسانا وهذا بخلاف
البيع فان الوكيل بشرا العين لا يملك الاقاله مطلقا سوا كان قبل القبض ام بعده
لما فيه من ازاله ملك الامر بعد ثبوته حقيقه والله اعلم

باب من الاختلاف في الاجاره

لو قال لاحد راكبي الدابه زيد كاراتنا
الى هنا راجعا وقال الاخر بل الى الابعد لم تسمع وان اقاما لان دعوى عقد
الغاصب كالسوم اقرار بملكه وعدم التصادق ينفي خصمتهما ولم ياخذها
احدهما الى وجهه صونا ليد الاخر عندما اقاما على الحاضر للريب ضمن
الثبوت الا ان يصطلحا لفقد النزاع كما لو قال وهبتها او اهداها الى ولم ينزعها
القاضي منهما حذار تفويت الضمان او تبديل الامين ولم يامرهما بالانفاق
خيفه غاصب محتال للرجوع الا ان يتبده بالصدق او يقيما لكشف الحال

يامر مفتيا في راي اذ لا مطالب في غير الادمي مجبرا في راي لحق الغايب تفريعا
على دابة ودار وزرع مشترك يستنفق او يستهدم مغنيا امره عن شرط
الرجوع نصا والسلامة في راي الحاقا باذن المالك وسع ان خيف الاحاطة
ميلا الى حفظ المعنى غير منقوض برد زيد الاذن شرعا ولا منع بدله
منهما كالمبدل ولا منقضي به دينا وردا النفقة نصا على العلم اذ نظيره فضل على
الغايب لا حتم حتى كان له الاعراض اصلا الا ان بنيا على مونة للعكس اذ ينصب
خصما عنه دون الغايب كما في المفقود هو الداب فيمن زعم امانة في ضال
وابق ولقطة ووديعة ان وجد حاكما فان لم يجد فهو ما دون ديانة في الاصلح
من بيع وايجار وانفاق عليه لا قضا كما هو الداب في كل ما خيف الضيعة حتى
في ذبح شاة الغير خوف موتها والعالم بالموتى والايتام ووقف المسجد حتى قيل
ان وصيا او غريما لو علم بدين لا شهود به يوفيه جاحدا قدره من التركة
حالقا[ش] رجلان دخلا الكوفة ومعهما دابة يركبانها فقال احدهما هذه
دابة زيد كارانا هاي من الري الى هنا جائيا وراجعا اليها وقال الاخر لا بل كارانا ها
الى مكة ذاهبا وراجعا لم يسمع دعوى واحد منهما وان اقاما البينة على ما ادعياه
لان دعوى كل واحد عقد الاجارة من الغايب وهو زيد اقرار بملكه لان ذلك
لا ينزل عن سوم الاستيجار منه وسوم الاستيجار اقرار بالملك للمخاطب به فكذا هذا
ولا تثبت الاجارة على الغايب لعدم الخصم عنه اذ لا يصلح كل واحد منهما خصما
عن الغايب بالنسبة الى الاخر لعدم المنازعة بينهما على وجه التضايق في شيء
واحد حيث اتفقا ان ما في يد كل واحد منهما امانة للغايب والاصل ان كل
من يتحقق بينه وبين المدعي منازعة في دعوى حق لنفسه كان خصما
والا فلا وليس لاحد المتنازعين ان ياخذ الدابة الى الوجه الذي ادعاه
صونا لما ثبت للاخر على الدابة من اليد بخلاف ما لو اقام كل واحد منهما
البينة على خصم حاضر بما ادعاه حيث ياخذ الدابة مدعي المكان الابعد
وهو مكة ثم اذا رجع الى الكوفة اشتركا فيها الى الري ترتيبا لحق مدعي المكان
الاقرب على حق مدعي الابعد في ضمن ثبوت دعواهما لما فيه من مراعاة حق
الجميع بخلاف ما لو دفعت اولا لمدعي المكان الاقرب اذ فيه زيادة استعمال
الدابة من الكوفة الى الري ثم منه الى الكوفة بغير رضى المالك هذا الذي فهمته

من كلام المصنف رحمه الله تنفقها لانا قلنا قوله الا ان يصطلحا استثنا من قوله
ولم ياخذها النفقة ولم ياخذها احدهما الى الوجه الذي ادعاه الا ان يصطلحا
على امر فيدفعهما القاضي وما اصطلحا عليه لان الدابة في ايديهما ولا منازع
لهما فيها وليس للقاضي انشا الخصومة كرجل في يده دابة قال وهبها فلان
او اهداها الي لا يتعرض القاضي له كذا هذا وليس للقاضي ان ينزع الدابة
من ايديهما لانهما ان كانا كاذبين فهما غاصبان فيكون في نزعها منهما
تفويت ما ثبت للغايب عليهما من الضمان وان كانا صادقين فهما امينان
فيكون في نزعها منهما تبديل امين المالك وليس للقاضي شي من ذلك قوله
ولم يامرهما بالاتفاق الى اخره اشارة الى ان المتنازعين لو طلبا من القاضي
ان يامرهما بالنفقة ليرجعا بها على الغايب لا يجيبهما الى ذلك لاحتمال انهما
غاصبان بحتا لان بذلك للرجوع على المالك بالنفقة فلا يامرهما الا ان يقيد
الامر بصدقهما فيقول انفقا لترجعا بالنفقة ان كنتما صادقين او يقيما
بينة على ما ادعياه فتقبل تلك البينة في حق كشف الحال وهو كون الدابة
امانة في ايديهما واذا وجد شرط الامر فيامرهما على سبيل الفتوى دون
الجبر في راي يعزا الى شمس الايمة السرخسي رحمه الله اذ لا مطالب في غير
الادمي وعلى سبيل الجبر في راي وهو رواية الخصاف رحمه الله لان الجبر
هنا لحق الغايب وهو من اهل المطالبة كالعبد بل اولى وهذا الخلاف
تفريع على ما اذا غاب احد الشريكين فطلب الحاضر امر القاضي بالنفقة
على الدابة المشتركة او على الزرع المشترك او على ترميم الدار المستهدمة
المشتركة فعند السرخسي رحمه الله يامره بطريق الفتوى وعلى رواية
الخصاف يامره بطريق الجبر فقوله المصنف رحمه الله مفتيا منصوب
على انه حال من القاضي وكذا قوله مجبرا واما قوله مغنيا فهو حال
من امره المذكور بعده فالتقدير ولم ينزعها القاضي منهما ولم يامرهما بالانفاق
الا ان يقيد الامر بالصدق او يقيما بينة لكشف الحال فحينئذ يامرهما حال
كونه مفتيا في راي مجبرا في راي وحال كونه مغنيا امره عن شرط الرجوع
نصا وعن شرط السلامة الى اخره وقوله مغنيا امره الى اخره اشارة
الى ان القاضي اذا امرهما بالنفقة ولم يقيد امره بشرط الرجوع على المالك نصا

ولا يشترط سلامة الدابة وتسليمها الى المالك وانفقا وهلكت الدابة كان لهما
ان يرجعا على مالك الدابة في راي بعض المشايخ رحمهم الله الحاقا لاذن القاضي
باذن المالك والجامع بينهما ثبوت الولاية بالامر بالنفقة ولو انفقا باذن المالك
رجعا عليه فكذا اذا انفقا بامر القاضي قال في التحرير وهكذا روى الطحاوي
رحمه الله عن اصحابنا رحمهم الله لكنه ذكره عقيب مسئلة اذن القاضي بنفقة اللقيط
واذن الوصي بنفقة اليتيم وذكره ايضا عن ابي يوسف رحمه الله في نفقة الضالة
وفي راي بعضهم وهو اختيار شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله لا بد من المفسد
بشرط الرجوع كما لو قال ادّ زكاة مالي ونحو ذلك وذكر في التحرير ايضا
عن زفر رحمه الله ان الرجوع على المالك بالنفقة انما يكون عند سلامة الدابة
وتسليمها اليه الا يرى ان العبد الابق اذا مات في يد الرادّ يبطل الجعل كذا هنا
وذكر في النفقات ان كل نفقة يجري الجبر عليها كنفقة العبد الصغير اذا امتنع
احد الشريكين من الانفاق وانفق الاخر بامر القاضي او بامر الشريك الممتنع
فالمنفق يرجع بنصف النفقة على الممتنع بالغا ما بلغ سوا بقي نصيب الممتنع
سالما له ام هلك بخلاف ما لا يجري الجبر عليها كنفقة الدابة اذا انفق احدهما
بامر القاضي لا يرجع بما زاد على قيمة نصيب شريكه ولا بعد هلاك الدابة
قوله ويسع ان خيف الاحاطة الى اخره اي ويبيع القاضي الدابة
ان خاف ان تحيط النفقة بقيمتها لان البيع حينئذ اصلح فيميل اليه حفظا
لحق الغايب في معنى الدابة وهو ماليتها لانه احسن الامرين قوله
غير في قوله غير منقوض منصوب على انه صفة لموصوف محذوف
المقدر ويبيع القاضي الدابة بيعا موصوفا بكونه غير منقوض برد زيد دلا منزوع
بدله ولا متقضي به دينا ورا النفقة اما الاول وهو عدم مكنة النقض فلان
بيع القاضي صدر عن ولاية شرعية واما عدم نزع البدل من ايديهما فلان
المبدل وهو الدابة كان موقوفا في ايديهما فكذلك البدل واما عدم القضا
بالبدل دينا اخر ورا دين النفقة فقصر للحال على ايقاد من علم به القاضي
حتى لو فضل عن النفقة شي وارادا ان ياخذاه بدلا عما ادعيا دفعه الى المالك
اجرة لا يجيبهما القاضي الى ذلك وان اقاما البينة على دفع الاجرة الى المالك
كان نظر القاضي في مصلحة الغايب فضل منه عليه لا حتم على القاضي ولهذا

كان له

كان له ان يعرض عن ذلك اصلا الا يرى ان محمدا رحمه الله قال وان شا القاضي
لم يعرض لهما في شي من امر الدابة ولا يقبل بينتهما ولا يامرهما بالنفقة ويسعه
ذلك في جميع هذه المسايل واذا كان نظر القاضي فضلا على الغايب لم يكن
قبول البينة في اثبات الدين عليه فضلا بل شغلا لذمته بالدين فلا يعتبر
الا ان يقيما البينة على موت المالك فحينئذ يدفع اليهما ما انفقاه وما اثبتاه
من الاجرة المدفوعة الى المالك لانعكاس حال النظر حينئذ اذ هو بعد
موت المالك متم على القاضي لا فضل يحرم منه لصيرورته بمنزلة وصي
الميت في بيع ماله وقضا دينه ولهذا كان له ان ينصب خصما عن الميت
ولا ينصب خصما عن الغايب قوله كما في المفقود متعلق بقوله ولا يقضى
به دينا ورا النفقة قصرا على العلم فالتقدير ولا يقضى به دينا ورا النفقة
قصرا على ما يعلمه القاضي دون غيره كما في المفقود اذا طلب اولاده من القاضي
ان ينصب عنه وكيلا في حفظ ماله وغلاته فانه يجيبهم الى ذلك لعلمه بالمصلحة
فيه ولا يكون الوكيل خصما لمن يدعي الدين على المفقود وهذا الذي ذكرناه
في مسئلة الاجارة هو الدأب والعادة والشان فيمن زعم امانة في يده من عبد
ضال او ابق او لقطة او وديعة ان وجد حاكما يستاذنه في الانفاق والبيع
والاجارة فان لم يجد حاكما بان كان في مفازة مثلا فهو مادون ديانة فيما بينه
وبين الله تعالى في التصرف الاصلح للمالك من البيع والاجارة ما عكن اجارته
والانفاق عليه ولا يكون مادونا في القضا كما هو الدأب ايضا في كل ما خيف عليه
الضياع والفساد قبل التمكن من استيذان القاضي حتى في ذبح شاة الغير خوف
موتها حتف انفها قال في التحرير الا يرى ان الراعي اذا خاف على الشاة
او البقرة فذبحها لا يضمن استحسانا قال وذكر في شركة النوازل ان شاة
لانسان سقطت ان خيف عليها الموت فذبحها انسان كيلا تموت لا يضمن
لكن الفتوى انه يضمن بخلاف الراعي انتهى كلامه وكذا في القيام بالموتى
حكي عن محمد رحمه الله انه مات واحد من تلامذته فباع كتبه وانفق في تجهيزه
فقيل له انه لم يوص بذلك الى احد فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وكذا
في القيام بالايتام كما اذا مات رجل ولم يوص الى احد وله اولاد صغار وله
مال وديعة عند رجل ليس للمودع في القضا ان ينفق عليهم ويحسب ذلك

من مال الميت لكن ان فعل وحلف انه ليس لهم عليه حق رجوت ان لا يكون عليه
شي ان شا الله تعالى لانه لم يرد به الا الصلاح وهو موافق لما روينا عن محمد رحمه الله
وكذا في القيام بوقف المسجد روى عن مشايخ بلخ رحمهم الله اذا كان للمسجد
اوقاف ولم يكن لها متول فقام واحد من اهل المحله وجمع الاوقاف وانفق
على المسجد في ما يحتاج اليه من الحصر والحشيش لا يضمن استحسانا فيما بينه
وبين الله تعالى وكذا يقبل في الوصي او الغريم المديون اذا علم بدين على الميت
غير مشهود به فانه يوفيه الوصي و يجحد قدره من التركه وكذ الغريم يوفيه
مما عليه للميت و يجحد بقدره وان حلف انه لا شي للميت عليه رجوت ان لا يكون
عليه شي ص وان تصادقا على الكرا الى هنا راجعا وبدا لاحد منهما المقام
لم يجبر لانه عذر كما في الابتدا اذ مالو بدا للمكاري في راي ويوجر قسطه
نظرا للغايب باقامه الثاني مقام الاول لا الابتدا اشاعا ش اي وان تصادقا
الراكبان لما دخلا الكوفه على ان المكاراه كانت من الري الى الكوفه جاسا وراجعا
الى الري وبدا لاحد منهما ان يقيم بالكوفه لا يجبر على الرجوع لان ذلك عذر يجوز
فسخ الاجاره به كما في الابتدا اذا استاجر رجل دابه يسافر عليها ثم بدا له ان لا يسافر
كان ذلك عذرا في جواز فسخه الاجاره عندنا لان العذر اذا تحقق لا يمكنه
الجري على موجب العقد الا بضرر زايد لم يرض به وهو تحمل مشقه السفر
عن ابن عباس رضي الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر
قطعه من العذاب لقلت العذاب قطعه من السفر والضرر الزايد ليس
من موجبات العقد فيكون له حق الفسخ كما لو وجد بالمبيع عيبا وهذا خلاف
ما اذا بدا للمكاري ان يقيم حيث لا يكون ذلك عذرا له في جواز فسخه الاجاره
في راي رواه بشر عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا امتنع رب الدابه
من الخروج يجب ان لا يكون عذرا وان مرض فهو عذر ومن المتاخرين من قال
له ان يفسخ ايضا لانه يحتاج الى صيانه الدواب والقيام عليها ولو بعث غيره
ربما يتهاون في ذلك قال في التحرير والصحيح جواب الكتاب لان تسليم
المعقود عليه يتم من غير حرج وهو انما يخرج لحفظ ماله على وجه
المبالغه ومثله لا يكون عذرا في فسخ الاجاره ثم اذا جاز فسخ الاجاره بالعذر
لا يفسخ القاضي قصدا لما فيه من القضا على الغايب قصدا وانما يفسخ في ضمن امر اخر

يقع

نفع نظرا للغايب نحو الايداع والاعاره والاصلح الايجار ممن يرجع بها الى الري
قوله ويوجر قسطه نظرا للغايب باقامه الثاني مقام الاول الى اخره
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال اجاره النصف من اخر
ان كان نظرا للغايب الا انه لا يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله لانه اجاره
المشاع من غير الشريك وتقرير الجواب ان يقال بان القاضي انما يوجر
بطريق اقامه الثاني مقام الاول لا بطريق الابتدا اشاعا فيكون الشيوع ثابتا
ضمنا لا قصدا فيجوز الا يرى ان احد المستاجرين اذا مات انفسخت الاجاره
في نصيبه وتبقى في نصيب الاخر شايعا الا انه شيوع ضمني فلا يمنع الجواز والله اعلم
ص باب من الاجاره يوجب التصدق ام لا ش اعلم ان مسيله استيجار
المصحف والديوان للقراه من مسايل الباب الاول من ابواب الاجاره
في ترتيب التحرير نقلها المصنف رحمه الله الى هذا الباب للمناسبه ص
مشتري الثمار مطلقا او بشرط القطع لو استاجر الاشجار للترك عليه مطلقا
او موقتا لم يجز لانها عكس الاجارات لتملك العين لا المنفعه كاستيجار الارض
والبير والشاه للرعي والتلبين والشرب على انه لا عرف فيها ودونه لا يترك
القياس حتى لم يجز استيجارها للنشر والتجفيف عليه ولا استيجار المكيل للعمل
او بعض المكيال ولا المصحف والديوان للقراه ش رجل اشترى ثمار
اشجار مطلقا او بشرط ان يقطعها جاز ولزمه قطعها في الحال تفريغا لملك
البايع فلو استاجر الاشجار ليترك الثمار عليها اجاره مطلقه عن ذكر الوقت
او اجاره موقته بوقت معلوم او مجهول لم يجز لانها اجاره اضيفت الى غير
محلها اذ ساير الاجارات محلها المنفعه دون العين وهذه الاجاره
وقعت لتملك العين دون المنفعه اذ لا منفعه للاشجار في هذه الصوره
سوى انه يراد به الثمره بزياده اجزايها والاجاره لتمليك العين باطله فصار
كما لو استاجر ارضا لرعي حشيشها او لضرب اللبن منها او استاجر بيرا للشرب
من مايها او استاجر شاه لشرب لبنها على انا نقول الاجاره عقد جوز
على خلاف القياس لحاجه الناس وحاجتهم انما تعرف بتعاملهم ولا تعامل
بين الناس في مثل هذه الاجاره فلا عرف وبدون العرف لا يترك القياس ولهذا
المعنى لم يجز استيجار الاشجار لنشر الثياب فيها وتجفيفها عليها ولا استيجار شي

من الكحل ليعمل به يوما الى الليل او ليعير به الكيال يوما الى الليل ولا استيجار
المصحف او ديوان فقه او شعر ليقرا فيه يوما الى الليل واذا لم تجز الاجاره
في هذه الصور لعدم العرف والتعامل مع ان المنفعه فيها مقصوده ففي مسيلتنا
ولا منفعه فيها مقصوده اولى صح ومشترى الزرع لو استاجر الارض وقتا
معلوما جاز للعكس كدار فيها متاعه اذ الارض عكس الشجر تحضن الحب ولا تعطى
عسا وان استاجر الى الحصاد لم يجز للجهاله وعليه الاقل من اجر المثل والمسمى
للفساد والتصدق بما زاد عليه وعلى الثمن ضد الاولى فيهما اذ الترك ما العقد
لا الاذن ترجيحا بالملك عكس الاولى اذ العقد عدم في غير المحل لهذا كان المال
المقبوض مضمونا في العقد الفاسد لا الباطل ويتصدق بربح العرض المشترا
فاسدا لا بربح النقد المستاجر للصرف على انه لما الغا العقد صار الاذن كالاعاره
اقراضا ولا يلزم انه لا يتصدق بما ربح ثمن المبيع والصرف الفاسد بما عرف
ان فساد الملك يوجب شبهه الخبث في ربح ما يتعين شبهه الشبهه في ربح
ما لا يتعين وعدمه يوجب الخبث فيما يتعين شبهته فيما لا يتعين ش
رجل اشترى فصيلا في ارض مطلقا او بشرط القطع جاز لما ذكرنا في شرا ثمار
الاشجار ولزمه قطعه في الحال فلو استاجر الارض ليترك الفصيل فيها فلا يخلو
اما ان يوقت الاجاره بوقت معلوم او مجهول فان كان الاول جازت
الاجاره لانها عكس اجاره الاشجار لترك الثمار عليها اذ المستحق باجاره
الارض المنفعه دون العين وكونها مشغوله بزرع مملوك له لا يمنع الجواز
كما اذا استاجر دارا فيها متاع له بخلاف ما اذا كانت مشغوله بزرع الغير بالاشجار
وانما قلنا ان المستحق بهذه الاجاره منفعه الارض دون عينها لانها العكس من
تحضن الحب وتربيه ولا تعطيه زياده من عينها لان الفصيل لا يزداد والحب لا ينعقد
من اجزا الارض واما اذا استاجرها الى الحصاد فلا يجوز لجهاله الاجل
وعليه الاقل من اجر المثل والمسمى للفساد كما في ساير الاجارات الفاسده وعليه
ايضا ان يتصدق بما زاد في الزرع على قدر الاجره وقدر الثمن لان مقدار
الثمن ولجر المثل راس ماله في الزرع بخلاف حكم المسيله الاولى فيهما وهي
مسيله ثمار الاشجار والفرق ان ترك الزرع في الارض الى وقت الحصاد
مستند الى العقد الفاسد لا الى مجرد الاذن ترجيحا للعقد الفاسد بافادته

حش
شرا الزرع لا يجوز
الا اذا امكن ان ينالهم
الناجل ومشافر الدواب
بحرير

الملك في المعقود عليه على مجرد الاذن واذا استند الترك الى الاجاره الفاسده
كان الربح مستفادا بسبب خبيث فيلزمه التصدق به عند هما خلافا لابي يوسف
رحمه الله لما عرف من ان شرط طيب الربح عنده مجرد الضمان وعند هما الملك
والضمان وهذا عكس المسيله الاولى لان العقد فيها عدم اصلا لاضافته الى غير
محل فكان الترك فيها مستندا الى مجرد اذن المالك فكان الربح مستفادا بسبب
مباح فلا يلزمه التصدق به ولهذا المعنى كان المال المقبوض مضمونا على القابض
في العقد الفاسد كما اذا باع عبدا بخمر دون المقبوض بعقد باطل كما اذا باع العبد
بميته وهو روايه الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله لان العقد الفاسد عند القبض
يفيد ما يفيد العقد الصحيح الا في حق الانتفاع به فكان المقبوض مضمونا فيه
كما في الصحيح اما العقد الباطل فوجوده كعدمه فكان القبض مستندا الى مجرد
اذن المالك ومثل ذلك لا يوجب الضمان وكذا يتصدق بربح العرض المشترا شرا
فاسدا دون ربح النقد المستاجر للتصرف فيه لما ذكرنا من المعنى اما الاول
فلان العرض يتعين في العقد الفاسد فكان التصرف مستندا الى بيع فاسد فكان الربح
حاصلا بسبب خبيث فيكون سبيله التصدق به واما الثاني فلان استيجار الدراهم
والدنانير للتصرف فيها باطل اذ لا يمكن العمل بها مع بقا عينها فلم تنعقد الاجاره
لمصادفتها غير محلها فبقي مجرد الاذن بالقبض فكان التصرف مستندا الى اذن
المالك وكان المستفاد به مستندا الى سبب مباح فلا يلزم التصدق به على
انا نقول لما الغا عقد الاجاره في النقد صار اذن كل واحد من المتعاقدين
بمنزله الاعاره واعاره المكيل والموزون اقراض والمستفاد بالتصرف في القرض
طيب لا شبهه فيه ولا يلزم على ما ذكرنا ان البايع اذا تصرف في ثمن المبيع وربح لا يلزمه
التصدق به بالاجماع وكذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله في الصرف الفاسد
بان اشترى الف درهم بمايه دينار الى سنه فقبض الدراهم وتصرف فيها وربح
لا يلزمه التصدق بالربح لما عرف من ان فساد الملك يوجب شبهه الخبث في ربح
ما يتعين بالتعيين كالعرض المشترا فاسدا ويوجب شبهه الشبهه في ربح ما لا يتعين
بالتعيين كثمن المبيع والمقبوض بصرف فاسد لان العقد لا يتعلق بعين النقود
وانما يثبت لها شبهه التعلق من حيث جواز العقد وتعيين النوع واذا كان
كذلك كان عدم الملك في المنقود موجبا لشبهه الخبث في المعقود عليه ومتى كان

الثابت فيها شبهه الخبث عند عدم الملك كان الثابت شبهه تلك الشبهه عند فساد
الملك وشبهه الحرمه هي المعتبره في الاحكام دون شبهه الشبهه لانها مما لا يتناهي
وهذا على روايه عدم تعين النقود في البيع الفاسد واما على روايه تعينها
فيه فيتمكن فيها شبهه الخبث هذا كله حكم فساد الملك في حق الخبث واما حكم
عدم الملك فيوجب حقيقه الخبث فيما يتعين بالتعيين كالسلع لان الربح فيها حاصل
بسبب ملك الغير لتعلق العقد بها جوازا واستحقاقا ويوجب شبهه الخبث
فيما لا يتعين بالتعيين كالنقود لان العقد ان تعلق بها جوازا لكن لا يتعلق بها
استحقاقا كما اشرنا اليه والله اعلم صح كتاب المضاربه ش

اعلم ان المسايل المذكوره في هذا الكتاب في ترتيب الوجيز والتحرير نقلها المصنف
رحمه الله الى باب زياده الاجنبي من ابواب البيوع صح باب

زكاه مال المضاربه ش اي زكاه مال المضاربه واعلم ان هذا الباب مشتمل
ايضا على مسيله شرى المضارب ثوبا للبس عند المضاربه او دابه لركوبه
نقلها المصنف رحمه الله من ثالث ابواب الزكاه في ترتيب الجامع الى هنا
للمناسبه صح اعيانها المربحه ان كانت من جنس واحد زكي كل
واحد قسطه كساير امواله اذ الشرك المفترق في افراد جنس كالمجتمع في فرد بدليل
الجبر على القسمه ولا يستثنى ثوب اللبس ودابه الركوب لعمل التجاره حكما للعقد
مغنيا عن نيتها ولا يطلب المضارب عما ناب رب المال في الصحيح لانها لا تتبع التجاره
فلو ادى ضمن وقيل لا يضمن ان خاف ظلم العاشر كمودع يودع خيفه الغرق
والحرق والغاره واصله وصي صانع ببعض التركه دفعا عن باقيها ولا عما نابه
ما لم يقسم لعرضه العدم قبلها بتراجع السعر والتوى لهذا لم يجب عليه نفقه
والجعل لا يلزم رب المال لملكه اصلا ستتبع ولا الفدا للتفرد باجراح الجاني عن
العقد وان كانت من جنسين زكى رب المال قسطه للتنوزع ضمن الاصل ولا زكاه
في الباقي ما لم يزد احدهما على قدر راس المال لان حق المضارب يمنع الايجاب
على رب المال وشيوع راس المال ينفي ملك المضارب اذ التعين قسمه يأباها اختلاف
الجنس ضد الغنيمه لتمكنه نقل الحق الى المعنى بالبيع بل الابطال بالمن والقتل
وفي التوزيع تاصيل البيع بل تقديمه على الاصل على تقدير التوى اذ الشك يمنع
ان لم يربح فصار كتقدر الدين يمنع الارث والزكاه عن الاصيل والكفيل والعبد ان

كالجنسين

كالجنسين اذ لا قسمه مطلقا او قبل الترجيح فلو ساوى كل واحد راس المال زكى رب
المال ثلثه الارباع ولا زكاة في الباقي لما مر فان بدا رب المال باعتاق احدهما
وثنى المضارب باعتاق الاخر نفذا اذ تعين الاول اسما لراس المال والباقي
ربحا مشتركا وان عكسا نفذ عتق رب المال دون المضارب لسبقه الملك ش
رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربه بالنصف فاشترى بها المضارب اعيانا للتجاره
تساوي الفين وحال عليها الحول ولا مال لهما غير ذلك فلا يخلو اما ان تكون
الاعيان المذكوره من جنس واحد كالجبل واما ان تكون من جنسين مختلفين كالحنطه
والشعير فان كانت الاعيان من جنس واحد فزكى كل واحد منهما قسطه من مال
المضاربه كساير امواله وهذا لان نصيب كل واحد منهما وان كان متفرقا في الافراد
لكن النصيب المفترق في افراد جنس واحد كالنصيب المجتمع في فرد واحد من ذلك
الجنس لاتحاد المقصود وهو الماليه ولهذا يجبر القاضي احد الشريكين على قسمه
العروض من جنس واحد اذا طلب الشريك الاخر لما فيها من التعديل وتكميل
المنفعه كما عرف في موضعه قوله ولا يستثنى ثوب اللبس الى اخره اشاره
الى ان المضارب اذا اشترى ثوبا للبس عند المضاربه او دابه لركوبه فانه يجب
فيهما الزكاه ايضا لتعين شرايهما للتجاره حكما للعقد المضاربه ولهذا استغنى المضارب
عن نيه التجاره عند الشرا وهذا لان المضارب لا يملك غير ما امر به وهو الشرا
للتجاره فيكون كل ما يشتريه للتجاره كيلا يصير مخالفا ضامنا بخلاف رب المال
فانه يملك الشرا للتجاره وغيرها فلا يمتاز احدهما عن الاخر الا بالنيه فيكون ما يشتري
من الثياب والدواب عند الاطلاق لغير التجاره قوله ولا يطلب المضارب بما نابه
رب المال الى اخره اشاره الى ان المضارب لا يخاطب باداء زكاه قسط رب المال
في الصحيح وهو ظاهر الروايه وفي قول ابي حنيفه رحمه الله اولا يخاطب به لانه بمنزله
المالك وجه ظاهر الروايه ان المفوض الى المضارب بالعقد هو التجاره وليس اداء
الزكاه تجاره ولا تابعا لها فان مر على العاشر فاخذ منه الزكاه لم يضمن لان الماخوذ
منه ان كان بحق او بغير حق لا يلزمه الضمان كما لو غصب منه او سرق في يده
وان اداه بنفسه من غير الزام العاشر ضمن لدفعه المال الى من لا حق له في اخذه منه
وكذا لو صانعه بشي حتى كف عنه وقال شمس الايمه السرخسي رحمه الله عن شيخه
رحمه الله انه لا يضمن اذا صانع العاشر خوفا من ظلمه لان دفع البعض لاحراز الباقي

من جمله الحفظ فى زماننا والامس فيما يرجع الى الحفظ لا يكون ضامنا كالمودع اذا اودع
الوديعه خوفا عليها من غرق السفينه او خوفا من حريق داره او خوفا من الغاده
عليها واصل هذا فى الوصى اذا صانع ببعض التركه دفعا للظلمه عن باقيها لان
المصانعه حينيذ اصلاح للمال فيجوز لما قلنا **قوله** ولا بما نابه الى اخره معطوف
على ما تقدم من قوله بما ناب التقدير ولا يطلب المضارب بما ناب رب المال
من الزكاه ولا بما ناب نفسه وهو اشاره الى ان المضارب لا يطالب بزكاه حصته
ما لم يقسم المال بينهما ويميز حصته عن حصه رب المال لان نصيبه قبل القسمه معرض للعدم
بتراجع السعر وتوى بعض المال وصيروره الباقى مشغولا براس المال ولهذا المعنى
لا يجب على المضارب نفقه عبد المضاربه ولا جعله اذا ابق فى ظاهر الروايه
واشبه نصيبا هو دين على الناس او مدفون جهل مكانه ولا يلزم على هذا وجوب
الزكاه فى قسط رب المال قبل القسمه مع اشتراكهما فى العله وهو عرضه التلف
قبل القسمه لانا نقول بان ملك رب المال فى راس المال اصلى فيستتبع قسطه من الربح
لانه من جنسه فصار الملك فى الربح اصليا حكما وحكم الزكاه ثبت فى الملك الاصلى
والحكم بعد ثبوته لا يبطل بالشك بخلاف قسط المضارب لان ملكه فيه عارضى والحكم
لا يثبت فى الملك العارضى لوقوع الشك فى الثبوت وكذا لا يلزم ما اذا اختار المضارب
فدا حصته من عبد المضاربه اذا جنى خطا بعد ظهور الربح حيث يضارب بالفدا
مع احتمال سقوط الربح بتراجع سعر العبد او توآه لان الفدا يوجب تقرر ملكه
فى حصته باخراجها عن عقد المضاربه كما فى فدا رب المال لان العبد بعد استحقاقه
بالجنايه صار كالتاوى وانما سلم لكل واحد منهما حصته بالفدا فصار كمشتريه بذلك
وهذا يوجب لخروج الجانى من عقد المضاربه فلم يعتبر فيه تراجع السعر ولا التوى
هذا كله اذا كانت الاعيان المشتراه من جنس واحد واما اذا كانت من جنسين
مختلفين فيزكى رب المال قسطه من الربح الحاصل فى كل من الجنسين لتوزعه فيهما
فى ضمن توزع اصل ملكه وهو راس المال كما اشرنا اليه قبل هذا ولا زكاه عليه فى الباقى
من الربح ولا على المضارب الا ان تزيد قيمه احد الجنسين على قدر راس المال
اما لا زكاه على رب المال فى الباقى فلان تعلق حق المضارب بالباقى يمنع ايجاب زكاته
على رب المال واما لا زكاه على المضارب فيه فلان راس المال شايع فى الجنسين وشيوعه
فيهما يمنع ثبوت حق المضارب فى كل واحد منهما الا ترى انه لو هلك احدهما كان لرب المال

ان باخذ

ان ياخذ الجنس الباقى كله براس المال وهذا لانه لو تعين واما ان يتعين احدهما
للربح واما ان يتوزع الربح عليهما جميعا لا وجه الى التعيين لانه قسمه والجنس
المختلف يابى جواز القسمه كما عرف فى موضعه بخلاف قسمه الغنيمه حيث
لا تمنع باختلاف الجنس لان الامام يتمكن من نقل حق الغانمين من عين
الغنيمه الى معناها وهو الماليه بالبيع بل يتمكن من ابطال حقهم فى العين والماليه
جميعا بالمن على الاسرى او بقتلهم ولان تملك الغنيمه التى هى تبع من وجه اولى
ولا وجه الى القول بتوزيع الربح فى الجنسين جميعا لما فيه من محذور تاصيل
التبع بل محذور تقديم التبع على الاصل على تقدير التوى كما ذكر المصنف رحمه الله
وبيانه ان كل واحد من الجنسين يحتمل ان يكون ربحا وتبعا للاخر ولهذا لو هلك
بعض الاخر لراس المال لما عرف من ان الهلاك ينصرف اولا الى الربح ويحتمل
ان يكون اصلا ولهذا لو هلك الاخر يتعين هو لراس المال فلو تعين بعض كل
واحد منهما لراس المال لكان فى ذلك جعل التبع وهو الربح اصلا بل يكون فيه
تقديم التبع على الاصل على تقدير توى الجنس الاخر وجعل التبع اصلا او تقديمه
على الاصل لا يجوز لان ذلك فرع الثبوت والشك الحاصل باعتبار عرضه تلف
كل واحد من الجنسين قبل القسمه متحقق والشك مع ثبوت حكم لم يعلم وجوده
ان كان لا يرفع حكما علم وجوده كما اشرنا اليه قبل هذا ايضا ولما تعذر التعيين
والتوزيع وثبت حكم الشيوع المانع من ثبوت ملك المضارب صار قدر حصته
كمقدار الدين من حيث انه يمنع ارث الوارث فيه ووجوب الزكاه بقدره
على الاصيل والكفيل جميعا وكذا ههنا بل تعلق حق المضارب اكد من تعلق
حق رب الدين بمال المديون فان رب المال لو اتلف مال المضاربه ضمن
حصه المضارب من الربح والمديون لو اتلف شيا من مال نفسه لا يضمن للغريم
شيا **قوله** والعبدان كالجنسين اشاره الى ان الرقيق وان كان جنسا
واحدا حقيقه الا ان حكم كل فرد منه حكم جنس على حده فى حق القسمه
لتحقق التفاوت فيما هو المقصود وهو الذكا والعقل والامانه ولهذا
كان الذكر والانثى فى ساير الحيوانات جنسا واحدا لقله التفاوت وفى الرقيق
جنسان وهذا على قول ابى حنيفه رحمه الله ظاهر لانه لا يرى قسمه الرقيق
مطلقا وكذا على قولهما لان القاضى انما يقسم الرقيق قسمه واحده عندهما اذا ترجح

عنده ان ذلك مصلحه بان ظهر له قله التفاوت فى المعانى اما قبل الترجيح فالافراد
كالاجناس المختلفه كما قال ابو حنيفه رحمه الله وهو روايه الجامع والمضاربه عنهما
وعند زفر رحمه الله العبدان فى حكم المضاربه كعبد واحد فيظهر الربح قوله
فلو ساوى اى كل واحد من العبدين راس المال وهو الالف زكى رب المال
ثلثه ارباع العبدين ولا زكاه فى الباقى وهو الربع عليه ولا على المضارب لما مر
من توزع قسط رب المال من الربح فى ضمن توزع اصل ملكه فى الجنسين ومن ان
حق المضارب مع ايجاب زكاه الباقى وهو الربع على رب المال وشيوع راس المال
ينفى ثبوت ملك المضاربه فيه قوله وان بدا رب المال باعتاق احدهما
الى اخره اشاره الى ان الحول لو لم يتم على العبدين حتى اعتق رب المال احدهما
بعينه ثم ثنى المضارب باعتاق العبد الاخر نفذ الاعتاقان اما اعتاق رب المال
فلانه تعين استيفا لراس ماله واما اعتاق المضارب فلانه لما تعين الاول
لاستيفا راس المال تعين الاخر للربح فكان اعتاقه مصادفا لملكه فى حصته
وهو النصف فكان كاعتاق العبد المشترك وحكمه معروف وان عكسا بان كان
المضارب هو الذى بدا بالاعتاق فى احدهما وثنى رب المال باعتاق الاخر
نفذ اعتاق رب المال لما قلنا من انه تعين استيفا لراس ماله ولم ينفذ اعتاق
المضارب لوجوده سابقا على ثبوت ملكه فى العبد الذى اعتقه اذ تعينه للربح
انما حصل باعتاق رب المال العبد الثانى والاعتاق السابق على الملك غير معتبر
والدور كالاجناس المختلفه والبيوت كالجنس الواحد مجتمعه كانت او متفرقه
والمنازل المجتمعه المتلازقه كالبيوت والمتفرقه كالدور ص باب
كتابه المضارب هى موقوفه ان لم يكن فى العبد ربح حال الكتابه وان حدث
بعدها اذ الانشا لا ينفذ بملك بعده وسلطه المضارب لا تعدو التجاره وتوابعها
كشريك العنان ضد المفاوض لعموم الخلافه بدليل تزويج الاما كالوصى بل اقوى
حتى عدت الى الكفاله عنده والى الاقرار نافذه فى قسطه من الربح ان كان نصرا
على الملك كما فى الشريك وان ادخله تراجع السعر بعدها لانه كالعدد والاباق
مع الابتدا اسرا البقا ولرب المال فسخها كالعزيم المادون دفعا لفساد الملك ضد العتق
للتعذر فلو لم يفسخ حتى وجد ادا المسمى عتق قسط المضارب وفاء بمعنى التعليق كما فى المكاتب
على خمر او خنزير موجبا فى باقيه ضمانا او سعايه لما عرف فى اعتاق الشريك مضموما ذلك

الى قسطه من المودى لانه كسب مال المضاربه اذ تجزى الكتابه ثبوتا عنده لزوما
عندهما بل وامنه رب المال براس المال وقدر ما سلم للمضارب بالعتق بعين
قسمه يوم الكتابه وقيمه باقيه يوم العتق رعايه لحال التلف ثم باقيه ربح بينهما وفقا
بالعدل كذا لو مات عن وفا وادى عنه بعده لان العقد باق كما فى موت المولى
بل اولى اذ الموت انفى للمالكيه والمالكيه منه للعامليه والمملوكيه والفسخ يجبر بالكسب
حق المولى دون العبد فسقوط اقوى المتنافيين لادنى الحاجتين يوجب العكس
بالاولى والادا يقبل الاسناد كالعتق من حيث كونه شرطا اى من حيث كونه
حسيا وشرط الوفا ان يفى كسب قسطه بالمسمى اذ الاختصاص به دون اليد كما فى
معصوب لم يود فان نقص مات عاجزا وان زاد كان للوارث عندهما وللمضارب
عنده حتى يستوفى ما غرم اصله تجزى الاعتاق حتى لو كان راس المال
الفا والمسمى كالقيمه ضعفا كان الوفا بترك عامه الاف والارث بعد اربعه عشر
مضارب فى يده عبد هو كل مال المضاربه كاتبه على الف درهم فلا يخلو
اما ان يكون فيه ربح وقت الكتابه او لم يكن فان لم يكن فيه ربح فالكتابه موقوفه
على اجازه رب المال ولا تنفذ الكتابه بحدوث ربح بعدها اما عدم النفوذ
بحدوث الربح بعدها فلان الانشا الموجود من المضارب حال عدم ملكه
لا ينفذ بحدوث ملك المنشى الا ترى ان البيع الصادر من الفضولى لا ينفذ بحدوث
ملكه فى المبيع بل يبطل لما عرف من ان الملك البات اذا طرا على الملك الموقوف
ابطله واما توقف الكتابه فلانها ليست بتجاره ولا تابعه لها اذ موجبها مقابله المال
بغير المال وهو العتق والمضارب انما سلط على التجاره وتوابعها التى لا بد لها منها
فلا يتعدى سلطه الى غير ذلك كما فى شريك العنان بخلاف شريك المفاوضه
حيث يملك عقد الكتابه ولا يكون لشريكه ان يفسخها لعموم خلافه كل واحد
من الشريكين عن صاحبه حكما للعقد المفاوضه الموجب لعموم تصرفات
اكتساب المال ولهذا كان للمفاوض تزويج الاما لما فيه من اكتساب المهر واسقاط
النفقه بخلاف شريك العنان حيث لم يكن له ذلك عند ابى حنيفه ومحمد رحمهما الله
لما اشرنا اليه من اقتصار تصرفه على التجاره وتوابعها فصار المفاوض كالوصى
من حيث عموم خلافته فى التصرف والوصى اذا كاتب عبد اليتيم فكذا المفاوض
بل خلافه المفاوض اولى من خلافه الوصى عن الميت ولهذا تعدت خلافته الى الكفاله

عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لزم كل واحد منهما ما كفل به الاخر من المال وكذا تعدت
خلافته الى الاقرار حتى لزم كل واحد منهما ما اقر به صاحبه بخلاف الوصي فانه لا يلزم
اقراره في حق اليتيم **قوله** نافذة مرفوع على انه خبر ثان لقوله هي في قوله هي
موقوفة العبد بر مكاتبة المضارب موقوفة ان لم يكن ربح حال الكتابة نافذة في قسطه
ان كان ربح حال الكتابة ولا تنفذ الكتابة في باقي العبد فصار لتصرف المضارب
على قدر قسطه من العبد دون ملك رب المال كما في الشريك اذا كاتب نصيبه
نصيبه من العبد المشترك سوا بقي الربح بعد الكتابة ام ذهب بتراجع السعر
بعدها لان عدم الربح ان كان يمنع جواز ابتدا الكتابة المضاربة الا انه لا يمنع
بقاها كالعدة الطارية على النكاح لا تمنع بقا النكاح وان كانت تمنع ابتداه وكذلك
الاباق الطاري لا يمنع بقا عقد البيع وان كان يمنع ابتداه واذا نفذت الكتابة في نصيب
رب المال موقوفة كان له فسخها دفعا للضرر فساد ملكه عليه في ثاني الحال
بالعتق عند الادا الا ترى ان المولى اذا كاتب عبده الماذون المديون كان لغريم العبد
ان يفسخ الكتابة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا بخلاف اعتاق المضارب
حيث لم يكن لرب المال فسخه لانه نفذ في نصيبه والعتق بعد نفوذه لا يمكن فسخه
اما الكتابة فموجبها اكتساب المال وذلك قابل للفسخ فافترقا فلو لم يفسخ رب المال
الكتابة حتى وجد من العبد ادا البدل المسمى عتق قسط المضاربة لانه بالكتابة
علق عتق العبد بالادا فعند وجود الادا صار معتقا له وفا بمعنى التعليق فان قيل
وجب ان لا يشترط في عتق قسط المضارب ادا كل المسمى بل اداحصته من البدل
لان العبد انما التزم البدل بازا كل الرقبة فوجب ان ينقسم اجزا البدل
على اجزا المبدل لان الكتابة عقد معاوضة كالبيع قلنا ان كانت عقد معاوضة
من حيث انها تقبل الفسخ ولا ينفرد المولى بها الا انها تعليق للعتق بالادا فاعتبار
معنى البيع ان اوجب انقسام البدل الموجب لعتق قسط المضارب باداحصته
من البدل فاعتبار التعليق لا يوجبه فوقع الشك في عتق قسط المضارب
باداحصته فلا يعتق الا بادا جميع المسمى الا ترى ان المسلم اذا كاتب عبده المسلم
على مائة رطل خمرا او على خنزير واذى المسلم حكم بعتقه وفا بمعنى التعليق وان كان
اعتبارها بيعا يوجب بطلانها فكذا هذا **قوله** موجبا في بافيه ضمانا او سعاية
الى اخره اشارة الى ان قسط المضارب اذا عتق باداالمسمى كان عتقه موجبا في نفيه

العبد ضمانا على المضارب لرب المال او سعاية على العبد على التفصيل والخلاف
الذي عرف في اعتاق احد الشريكين نصيبه **قوله** مضموما ذلك الى اخره اشارة
الى ان المال الواجب بالضمان او السعاية يضم الى ما يخص المضمون وهو ثلثة
ارباع العبد من بدل الكتابة الذي ادى للمضارب وهو ثلثه ارباعه لانه كسب مال
المضاربة فيكون العبد المضمون مع ما يخصه من البدل مال المضاربة حتى لو كان
العبد مشترى بالف وكوتب بالفين بعد ما صارت قيمته الفين كما صوره المصنف
رحمه الله في اواخر الباب فادى وحكم بعتق قسط المضارب وهو الربع ثم ضمنه
رب المال قيمة ثلثة الارباع وهو الف وخمسمائة وجب ضم ذلك الى ما يخصه من المودى
في بدل الكتابة وهو ثلثة ارباعه لان الربع خرج بالكتابة عن المضاربة لصيرورة المضارب
مستهلكا له بها فبقي ثلثة الارباع مال المضاربة فيكون قسطه ثلثة ارباع الكسب
المودى كما ذكرنا فيصير المجموع ثلثة الاف وهذا على قول ابي حنيفة رحمه الله ظاهر
لان الكتابة عنده تتجزى ثبوتا فلم يلزم من نفوذها في قسط المضارب
نفوذها في الباقي واذا بقيت ثلثة ارباع العبد قنا كان ذلك القدر وقسطه
من الكسب مال المضاربة واما عندهما فالكتابة ان كانت لا تتجزى ثبوتا حتى
صار العبد كله مكاتبا بكتابة البعض الا انها تتجزى لزوما اذ ليست لازمة
في حق رب المال ولهذا كان له فسخها واذا كان كذلك كان ثلثة ارباع الكسب
كسب عبد لم تلزم الكتابة فيه فكان هو وكسبه مال المضاربة **قوله**
فيدفع منه رب المال براس المال الى اخره اشارة الى انه اذا ضم الضمان او السعاية
الى قسط المضمون من المودى وهو ثلثة ارباعه وذلك الف وخمسمائة حتى بلغ
ثلثة الاف درهم يبدا رب المال من العين براس المال وذلك الف لانه ايسر
الاموال خروجا لكونه عينا والضمان دين والاصل في راس المال تقديمه في
الاستيفا على الربح ثم يعطى له بقدر ما سلم للمضارب باعتاقه من رقبة المكاتب
وهو الربع لان المضارب استهلكه بالكتابة وقد تقرر هلاكه بالعتق عند الادا
لكن يعتبر قيمة ذلك الربع يوم الكتابة لانه يوم اتلافه ويعتبر قيمة الباقي وهو
ثلثة الارباع يوم العتق لانه يوم اتلافها ثم ما بقي بعد ذلك وهو دين الضمان الف
وخمسمائة ربح فيكون بينهما نصفان وفا بالعدل في القسمة لكل واحد منهما سبعمائة
وخمسون فحصل لرب المال مرة الف براس ماله ومرة خمسمائة نظير ما استهلكه

المضارب بكتابته ومره سبعمايه وخمسون من الضمان او السعايه فجملته الفان وماياتان
وخمسون الف راس ماله والف ومايتان وخمسون ربح وحصل المضارب مره
خمسمايه باستهلاكه ربع العبد بالكتابه لسلامته له من حيث المعنى ومرة من الضمان
الولحب في ذمته او ذمه المكاتب سبعمايه وخمسون فجملته الف ومايتان وخمسون
فاستويا في الربح ثم الولا كله للمضارب عندهما لحصول عتق الكل من جهته وكذا
عند ابي حنيفه رحمه الله اذا كان المضارب موسرا واختار رب المال تضمينه
واما اذا اختار استسعا العبد فللمضارب ولا ربعه بالكتابه وولا ثلثه ارباعه
بينهما نصفين لاستحقاقهما السعايه على السوا فيكون للمضارب خمسه اثمان الولا
ولرب المال ثلثه اثمانه قوله كذا لو مات عن وفا الى اخره اشاره الى ان
العبد لو لم يود بدل الكتابه الى المضارب حتى مات واذى بدل الكتابه عنه
بعد موته من حيث انه حكم بعتق قسط المضارب ويجب عليه ضمان ثلثه ارباعه
ويضم الى قسط المضمون من المال المتروك عن العبد لكونه كسب مال
المضاربه كما قدمناه وسياتي بيان ذلك في اخر الباب ان شا الله تعالى
قوله لان العقد باق كما في موت المولى الى اخره اشاره الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال العقد كلام كما وجد تلاشى وانما قدر باقيا حكما على خلاف
الحقيقه ليتوصل به الى المقصود منه وهو حصول البدل للمولى والعتق للعبد
وقد فات هذا المقصود بموت العبد الذي هو محل العقد فصار كهلاك المبيع
بخلاف موت المولى لانه عاقد وليس بمحل للعقد والعقد يعمل اثاره مع فوات
العاقد دون فوات العقد الذي لم يبق لفوت محله وهو العبد كالفعل لا يبقى
بدون محله ويبقى مع فوات فاعله وتقرير الجواب ان يقال الموت مناف لبقا العقد
في الصورتين اما موت المولى فلانه ينافي مالكيته للبدل وقابليته للعتق
عند الادا واما موت العبد فلانه ينافي حكم العقد في حقه وهو قابليته للعتق
ومملوكيته فاذا حكم ببقا العقد بعد موت المولى وجب الحكم ببقائه بعد موت
العبد بل اولى وفي نسخه بل اولى بتغير واو لان الموت انفى لقابليته العتق
ومالكيته البدل منه لقابليته العتق والمملوكيه لان المالكيه عباره عن القادريه
والموت ينافيها والمملوكيه عباره عن العجز والموت لا ينافيه ثم حاجه العبد
الى بقا العقد بعد موته اقوى من حاجه المولى لان حصول عتق الكسب

والحريه له لا يتحقق الا ببقا العقد بخلاف المولى لان حصول حقه في الكسب يتحقق
بدون بقا العقد اذ لو فسخ كان حقه في الكسب محفوظا لانه ربما يصل اليه من كسب
العبد بعد الفسخ اضعاف بدل الكتابه واذا ثبت ان موت المولى اقوى المنافيين
لبقا العقد وثبت ان حاجه العبد الى بقا العقد اقوى الحاجتين كان سقوط
اعتبار المولى في حق فسخ العقد مع ان موته اقوى المنافيين لحاجته وهي ادنى
الحاجتين موجبا للعكس وهو سقوط اعتبار موت العبد في حق فسخ العقد
مع انه ادنى المنافيين لحاجته وهي اقوى الحاجتين اولى وما قيل من ان العبد
محل العقد وقد فات قبل حصول المقصود قلنا لا نسلم ان العبد محل بل عاقد
كالمولى وعلى تقدير التسليم نمنع ان المقصود لم يحصل اذ ليس المقصود ما ذكرتم
بل المقصود بالعقد ما يلزم العقد وهو فك الحجر وصيروره العبد احق بمكاسبه
وولده وقد حصل ذلك قبل موته واما العتق فثمره من ثمراته قوله والادا
يقبل الاسناد الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
فائده بقا الكتابه بعد موت العبد حصول الحريه له عند الادا مستنده الى اخر
جزء من اجزا حياته ولا يمكن اسناد الحريه الا باسناد الادا واسناده متعذر لكونه
فعلا حسيا وتقرير الجواب ان يقال الادا وان كان فعلا حسيا يابى الاسناد
الى الزمان الماضي الا انه يقبل الاسناد من حيث انه شرط للحريه فاذا تعذر
اسناده من حيث انه فعل حسي امكن اسناده من حيث انه شرط لان الشرط
حكم شرعي كالعتق قوله وشرط الوفا ان يفي قسطه بالمسمى الى اخره
لما علق المصنف رحمه الله ثبوت حكم الكتابه بعد موت العبد بكون الموت عن وفا
نبه على القدر الذي يحصل به الوفا فقال رحمه الله وشرط الوفا ان يفي كسب
قسطه اي قسط المضارب بالبدل المسمى في عقد الكتابه لان وفا المسمى
مختص بالادا من كسب ما لزم فيه عقد الكتابه لا باداء مال كان حاصلا في يد العبد
من اي جهه كانت ولهذا لو غصب قدر بدل الكتابه ولم يوده حتى مات
وهو في يده لا يعتق بخلاف ما لو ادى المغصوب حال الحياه لانه يعتق بحكم الشرط
وهو الادا من اي مال كان واذا كان كذلك فان نقص كسب قسط المضارب
عن المسمى مات العبد عاجزا لانه مكاتب مات لا عن وفا وان زاد على المسمى ادى
منه كتابته وكانت الزياده لوارثه عندهما وللمضارب عند ابي حنيفه رحمه الله

حتى يستوفي منها قدر ما غرمه لرب المال واصل الخلاف مبني على تجزي الاعتاق
وعدمه فعندهما لما كان الاعتاق غير متجزي كان المضارب معتقا للكل فكان
الضمان عوضا عما سلم له من حيث المعنى باستهلاكه وان لم يكن سالما له حقيقه
فلا يرجع المضارب في تركته كما لا يرجع عليه في حياته واما عند ابي حنيفه رحمه الله
فالاعتاق متجزي فصار المضارب معتقا لقسطه خاصه وملك الباقي ضمنا لاداء
الضمان فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يستسعي الباقي ان كان حيا
ويرجع به في تركته ان كان ميتا **قوله** حتى لو كان راس المال الفا الى اخره
اشاره الى ذكر صوره يتضح بها مقدار ما يحصل به الوفا والارث على قول
ابي حنيفه رحمه الله وبيانه ان يقول لو كان راس المال الفا والمسمى في عقد
الكتابه ضعف ذلك وهو الفان كقيمه العبد يوم الكتابه كان الوفا الموجب لعتق
العبد ان يترك ثمانيه الاف لان كسب قسط المضارب من العبد حينئذ يكون الفي
درهم قدر المسمى فيظهر انه مات حرا فياخذ المضارب الفي درهم بدل الكتابه
ثم يبقى ثلثه ارباع المتروك وهو سته الاف درهم وقيمه ثلثه ارباع العبد المضمونه
على المضارب وهي الف وخمسمائه وقيمه الربع الذي استهلكه المضارب بالكتابه
وهي خمسمائه فيكون جمله مال المضاربه ثمانيه الاف ياخذ رب المال راس ماله
الفا يبقى للربح سبعه الاف يقتسمانها نصفين فان قيل وجب ان لا يسلم
للمضارب كل البدل بل حصه قسطه من العبد وهو الربع الا ترى انه ذكر في
الزيادات ان احد الشريكين اذا كاتب العبد بالف ولم يفسخ شريكه حتى ادى العبد
وعتق نصيبه عند ابي حنيفه رحمه الله ويرجع الساكت بنصف المودى لكونه كسب
عبد مشترك لم يكن للشريك المكاتب ان يرجع على العبد بشي لانه جعل الالف
مقابلا بكل الرقبه ولم يسلم للعبد من جهته الا نصفها فلا يلزمه كل البدل قلنا الكتابه
معاوضه من وجه وتعليق للعتق من وجه كما ذكرنا فمن حيث انها معاوضه
وجب انقسام البدل على اجزا البدل ومن حيث انها تعليق لا يقتضي الانقسام
بل يتعلق عتق كل جزء من العبد باداء كل البدل فرجحنا شبه المعاوضه حال حياة
العبد لانها عقد يحتمل الفسخ والمقصود منها الكسب وهو حكمه الاصلي والعقد
في حق هذا المعنى متجزي فيحتمل الانقسام ورجحنا جانب التعليق بعد الموت
لكون المقصود بعد الموت العتق والشرط في حق العتق مما لا يحتمل الانقسام بل يتعلق

عتق

عتق كل جزء باداء كل البدل كما ذكرنا واما الارث عند ابي حنيفه رحمه الله فانه
لا يتحقق اذا كان المتروك اربعه عشر الفا فما دونها لانه اذا ترك اربعه عشر
الفا عزل كسب قسط المضارب منها وهو الربع ثلثه الاف وخمسمائه بضم اليها
ما ضمنه المضارب من قيمه ثلثه ارباع العبد وذلك الف وخمسمائه ومن قيمه
ما استهلكه بالكتابه وهو الربع وذلك خمسمائه فيبقى للمضاربه اثنا عشر الفا
وخمسمائه ياخذ رب المال من ذلك راس ماله الفا يبقى للربح احد عشر الفا
وخمسمائه يقتسمانها نصفين لكل منهما خمسه الاف وسبعمائه وخمسون واما الربع
المعزول وهو كسب قسط المضارب فياخذ منه المضارب بدل الكتابه وذلك
الفان يبقى منه الف وخمسمائه وذلك مقدار ماله من الدين الذي وجب له
الرجوع به في تركه العبد عوضا عما ضمنه لرب المال على قول ابي حنيفه
رحمه الله فلا يبقى للميراث شي وهذا بخلاف ما لو كان المتروك اكثر من اربعه
عشر الفا ولو بدرهم واحد حيث يبقى ذلك الدرهم للميراث بخلوه عن الدين
والوصيه وهذا اذا كان له ورثه غير المضارب ورب المال واما اذا لم يكن
فميراثه بين المضارب ورب المال بحكم الولا ربعه للمضارب وثلثه ارباعه
لرب المال لتجزي العتق عنده واما عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله
فيتحقق الارث اذا زاد المتروك على ثمانيه الاف درهم لما عرف من اصلهما
ان المضارب لا يرجع في تركه الميت بما ضمن لرب المال من قيمه ثلثه الارباع
فوجب حينئذ صرف ما زاد على ثمانيه الاف الى ورثه المكاتب ان كان له ورثه
لانه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصيه وان لم يكن له وارث غير المضارب
صرف الزياده اليه خاصه لان كل المكاتب عتق عليه لعدم التجزي على اصلهما
واعلم انه يتلو هذا الباب في ترتيب الجامع ابواب متفرقه سته ومن ابواب
الجنايات فرقها المصنف رحمه الله في مظانها المناسبه لها وهي سته ابواب
فذكر الباب الثالث والسادس في كتاب الدعوى وذكر الباب الخامس
في كتاب الضمان وذكر الباب الاول والثاني والرابع في كتاب البيوع وقد تقدم
التنبيه على كل باب منها في موضعه والله الموفق للصواب

ص كتاب الجنايات

باب من جنايه المدبر والمكاتبه والعبد س اعلم ان هذا الباب
يشتمل ايضا على مسايل الباب الرابع من ابواب الجنايات في ترتيب الجامع

نقلها المصنف رحمه الله منه الى هذا الباب للمناسبة ص جناية المدبر
خطا وان كثرت لم توجب الا قيمة واحدة على المولى اذ لم يمنع بالتدبير غير رقبة
واحدة لا يلزم المكاتب حيث يسعى في الاقل من قيمته والارش في كل جناية
لانه مانع نفسه عندها لمكنه التعجيز او حر يدا ولا اتلاف المال حيث يسعى
المدبر في قيمة كل متلف اذ الدين يتعلق بذمته فتسع لا برقبته فتضيق حتى لم يسقطه
العتق ويسري الى الولد عكس الجناية وهي لولي القتيل الاول لفقد المزاحم
ويتبعه ولي القتيل الثاني بعد الاخذ نصفا بنصفها ويتبعهما ولي القتيل الثالث
بثلثها فهلم جرا لاستناد الحقوق الى التدبير السابق ولهم اتباع الدافع بغير قضا
عند الامام مجبورا بالرجوع على القابض لقصور مكنة النقل او ابتدار
بان الاستناد كما في جنايات قائمة عند الدفع فيعتبر في كل قتل قيمة المدبر عنده
حتى لو كان عند قتل الاول الفا وعند قتل الثاني الفين وعند قتل الثالث
خمسمائة غرم المولى الفا لولي الثاني ونصف الباقي بينه وبين ولي الاول
وضربوا في الباقي بباقي حقوقهم وفا بالسبب وان اختلفوا فيها فالعبرة
ليمين الخصم دون التحالف وتحكيم الحال كما يروى عكس اختلاف الشفيع والمشتري
في قيمة العرصة وقت هدم البنا اذ تعين منكرا للزيادة كما في المغصوب والمتلف
وحال الحيوان ضد العرصة لسرعة التغير لا يصلح دليلا وان كوتب بعد ذلك
سعى لكل قتل بعد الكتابة بقيمته يسقطها العجز قبل الحكم بها الى زمان من قبل الكتابة
اذ عرضه بغرم المولى لعرضة الدفع بعد العجز يمنع صيرورة القيمة دينا ما لم يقض
او يحكم بها س اعلم ان جناية المدبر على الادمي اذا كانت خطا كان موجبها
على مولاه يروى ذلك عن ابي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وجماعة
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا وعن اراهم وعامر
جناية المدبر على مولاه اذ كان عاقلة المدبر مولاه ولانه مملوك للمولى رقبة
ويدا ومنفعة فكان كالقن وموجب جناية القن خطا صيرورة رقبته التي هي
مال المولى حق الجناية الا ان تفديه المولى فكذا موجب جناية المدبر
الا ان المدبر يمتنع دفعه لصيرورة المولى مانعا له بالتدبير السابق فيلزمه
الاقل من قيمته ومن الارش ولا يخير لان التخيير بين الاقل والاكثر لا يفيد لان كل
عاقل يختار الاقل ثم جنايات المدبر وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة

على المولى وعند زفر رحمه الله يتعدد كما في الحر ولنا ان المولى لم يمنع عن الدفع
بالجناية الا رقبة واحدة الا ترى انه لو كان محلا للدفع لا يلزمه الا دفع واحد وان تعددت
جناياته فكذلك القيمة ولا يلزم على ما ذكرنا المكاتب اذ جنى جناية خطا حيث يكون
موجب جنايته عليه لا على المولى فيسعى لكل جناية وجدت منه في الاقل من قيمته
ومن الارش اما الوجوب عليه فلانه هو الذي منع نفسه عند كل جناية حيث
استدام على الكتابة مع تمكنه من تعجيز نفسه او لانه حر يدا فكان هو المانع نفسه
عن الدفع والمولى وان وجد سبب المنع منه وهو الكتابة الا انه لا حق لصاحب
الجناية حين الكتابة وانما وجب حقه بعد ما ملك المكاتب كسبه وصار احق
بنفسه فكان هو المانع نفسه فيكون الضمان عليه كما قلنا واما سعى في الاقل
فلان القيمة ان كانت اقل فالممنوع قدرها لا غير وان كان الارش اقل فهو
الواجب بالجناية فلا يزاد عليه وانما ينظر الى قيمته يوم الجناية ولا يعتبر ما زادت
او نقصت بعدها لان الضمان وجب بالجناية فتعتبر القيمة حينئذ كالعبد اذا حفر
بئرا في قارعة الطريق قوله ولا اتلاف المال الى اخره اي ولا يلزم
ايضا على ما ذكرنا ما اذا اتلف المدبر مالا حيث لا يلزم المولى منه شي بل يلزم
المدبر ان يسعى في قيمة كل متلف لمالكه لان الدين يتعلق بذمة المدبر وفي الذمة
سعة لا برقبته التي تضيق عن الحقوق المتعددة ولهذا لا يسقط دين المدبر
بعتقه لتعلقه بذمته دون رقبته وكذا يسري الدين الى الولد حتى يباع في دين
الام لان الدين ثابت في ذمة الام بوصف التأكد فيسري الى الولد وهذا
عكس حكم الجناية فانها تعلقت برقبة المدبر لا بذمته ولهذا اسقط بعتقه ولا يسري
حق ولي الجناية الى الولد لتعلقها بالرقبة لا بوصف التأكد ولهذا امكن المولى
من ابطال حقه في الرقبة بالفدا قوله وهي لولي القتيل الاول الى اخره
لما ذكر المصنف رحمه الله الاصل الذي يبتني عليه حكم جنايات المدبر شرع في التفريع
عليه اذا عرفت هذا فنقول مدبر قتل خطا وقيمته الف درهم فحضر ولي الجناية
فقضي له على المولى بقيمته لفقد المزاحم له فيها ثم ان قتل المدبر اخر خطا فحضر
وليه بعد اخذ ولي الاول القيمة من المولى بقضا القاضي فله ان يتبع ولي الاول
بنصف القيمة فان قتل اخر خطا فحضر وليه بعد اخذ ولي الثاني فله ان يتبع الاولين
بثلث القيمة وهلم جرا الى من سواهم لاستناد الحقوق كلها الى التدبير السابق

للمانع حق الاولياء في دفع الرقبة كما اشرنا اليه **قوله** وليس لهم اتباع الدافع
بغير قضاء الى آخره اشارة الى ان دافع القيمة او بعضها لو كان دفع بغير قضاء
كان لولي القتيل الثاني ومن بعده الخيار بين ان يرجعوا بما استحقوه على الدافع
عند ابي حنيفة رحمه الله ثم يرجع الدافع على القابض منه بجبر ما غرمه حتى
ان المولى لو كان دفع القيمة الى الاول بغير قضاء القاضي كان لولي القتيل الثاني
الخيار بين ان يرجع بما استحقه من نصف القيمة على المولى او على ولي القتيل
الاول واذا رجع على المولى كان للمولى جبران حقه بالرجوع على القابض منه
وهو ولي الاول وكذا لولي القتيل الثالث الخيار بين ان يرجع على المولى
بما استحقه من ثلث القيمة ويرجع به المولى على ولي الاول والثاني وبين ان يرجع
على كل واحد منهما بسدس القيمة او يرجع على ولي الاول بالثلث فيبقى في يد
ولي الاول سدس ثم ولي الاول يرجع على ولي الثاني بالسدس الزائد على حقه
ليكمل له الثلث ويبقى في يد الثاني الثلث وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ليس لهم اتباع الدافع لان المولى فعل عين ما يفعله القاضي لو ترافعا اليه
فيستوي فيه القضاء وعدمه كما في الرجوع في الهبة وهذا بخلاف الوصي
اذا قضى دين الميت بغير امر القاضي ثم ظهر غريم آخر حيث كان للثاني
ان يضمن الوصي ثم يرجع الوصي على الاول لان هناك ظهر ان الدين
كان واجبا قبل الدفع الى الاول وكانت التركة مشغولة بدينين فقد دفع حق
الثاني الى الاول وهنا الحق للثاني وجب بعد الدفع الى الاول ولابي حنيفة
رحمه الله وجهان احدهما ان الموجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع
لان الدليل ينفي الوجوب على غير الجاني ولهذا كان بيع الحر مشروعا في الزمن
الاول لان الواجب صيرورة الجاني مملوكا لولي الجناية من غير خيار غير
ان الحق ينتقل عند تعذر دفع العين الى القيمة فان كان النقل بقضاء القاضي كان
كاملا لعموم ولايته فيظهر في حق الكل وان كان بغير قضاء لم يظهر في حق الثاني
لقصور ولاية الدافع والوجه الثاني ان الجنايات كلها لما استندت الى وقت التدبير
السابق ظهر ان القيمة كانت مشتركة بين الكل وان المولى بدفعه النصف
الى ولي الاول مؤثر اله بزيادة على حقه وكذا ولي الاول لما دفع الى الثاني
بغير قضاء القاضي الا ترى ان الجنايات كلها لو كانت قائمة عند دفع القيمة لم يكن للدافع

اسار بعض المستحقين على البعض بزيادة على حقه فكذا ههنا **قوله** يعتبر في
كل قتل قيمة المدبر عنده الى آخره اي واذا كان موجب جناية المدبر خطأ وجوب
قيمته على مولاه فيعتبر في حق كل جناية قيمة المدبر يوم وجود تلك الجناية من غير
زيادة ولا نقصان لان المولى انما صار مانعا للدفع يوم عقد التدبير السابق حتى لو كانت
قيمته يوم قتل الاول الفا ويوم قتل الثاني الفين ويوم قتل الثالث خمسمائة لزم المولى
الفا درهم لان قيمة المدبر عند قتل الثاني الفان الف منها يغرمها الولي الثاني ويسلم له
اذ لا حق لولي الاول ولا الثالث فيها لان المدبر قتل الاول وقيمته الف وقتل الثالث
وقيمته خمسمائة ويكون نصف الالف الباقي بين ولي الثاني وولي الاول دون ولي
الثالث لما ذكرنا ان قيمة المدبر عند قتل الثالث كانت خمسمائة واذا كان نصف الالف
الباقي بين ولي الثاني وولي الاول يضرب ولي الثاني فيه بتسعة آلاف لانه وصل
اليه من الدية الف ويضرب ولي الاول فيه بعشرة آلاف لانه لم يصل اليه شيء
من حقه واذا قسم نصف الالف وهو الخمسمائة بينهما على قدر حقيهما اصاب ولي الاول
منها مائتان وثلاثة وستون درهما وثلاثة اجزاء من تسعة عشر جزءا من درهم واصاب
ولي الثاني منها مائتان وستة وثلاثون درهما وستة عشر جزءا من تسعة عشر جزءا
من درهم لانك اذا قسمت الخمسمائة على مجموع حقهما وهو تسعة عشر سهما اصاب
كل سهم منها ستة وعشرون درهما ونصف درهم وجزءان وخمس جزء من تسعة
عشر جزءا من درهم فاذا جمعت ما اصاب سهام كل واحد من الوليين بلغ نصيبه
ما قلنا هذا حكم نصف الالف الباقي التي استحقها ولي الاول والثاني واما نصف الالف
الباقي فيضرب فيه الاولياء الثلاثة بالسوية وهو نصف الالف لتساوي حقوقهم باعتبار السبب
الوجوب في حق كل واحد منهم يضرب ولي الثاني فيه بعشرة آلاف الا قدر ما وصل
اليه وذلك الف ومائتان وستة وثلاثون درهما وستة عشر جزءا من تسعة عشر
جزءا من درهم ويضرب ولي الاول بعشرة آلاف الا قدر ما وصل اليه وذلك مائتان
وثلاثة وستون درهما وثلاثة اجزاء من تسعة عشر جزءا من درهم ويضرب ولي الثالث
فيه بعشرة آلاف درهم لانه لم يصل اليه شيء من حقه هذا كله اذا اتفق المولى والاولياء
على قيمة المدبر في وقت كل جناية واما اذا اختلفوا في القيمة فالعبرة ليمين الخصم وهو
المولى وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا وفي قوله الاول يحكم الحال
ووجهه ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه اذ المولى يدعي نقصان القيمة وينكر الزيادة

وولى الجنايه يدعى الزياده ويكر النقصان واذا حلفا صار كانهما لم يختلفا فيرجع الى تحكيم
قيمه الحال كما اذا اختلف البيع والمشترى فى قيمه العرصه وقت انهدام بنا الدار
المشفوعه وجه قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله ان الاختلاف واقع فى الدين
الواجب فى ذمه المولى فولى الجنايه يدعى الزياده والمولى ينكر فكان القول قوله مع
يمينه كالغاصب والمتلف اذا انكرا ما يدعيه المالك من زياده قيمه التالف والمغصوب
والمدبر مايوس الدفع فكان كالهالك بخلاف مسئله الشفيع اذ يمكن هناك تحكيم قيمه
العرصه فى الحال لانها لا تزداد ولا تنتقص غالبا فيصلح حالها دليلا على القيمه فى الماضى
اما الحيوان فسريع التغير بمضى الزمان لكثره العوارض المغيره له فلا يصلح حاله
دليلا الا ترى انه لو اراد مشترى العبدين ان يرد احدهما بعيب بعد هلاك
الاخر عنده واختلفا فى القيمه يوم البيع حكم الحال فى قيمه الحى ولم يعتبر حال
الحيوان على سرعه التغير قلنا انما حكم الحال هناك لان وجوب الثمن يتعلق
بنفس العقد لا بدله فعند الجهاله يصير كالمتملك له فى الحال بحصته من الثمن
فيعتبر قيمته للحال اما هنا فلا تعلق للواجب برقبه المدبر اصلا ليصير كالمتملك
له فى الحال بقيمته يوم الخصومه لما فيه من العمل باستصحاب الحال انه كان قيمته
كذا فبقى كذلك واستصحاب الحال وشهاده الظاهر يصلح للدفع لا للالزام والحاجه
هنا الى الزام ضمان الجنايه بخلاف تحكيم مهر المثل عند اختلاف الزوجين لانا
لا نوجبه بشهاده الظاهر بل لكونه الموجب الاصلى فعند الاشتباه يصار اليه
وهذا الذى ذكرناه فيما اذا اتفق المولى والجانى على وقت الجنايه واختلفا فى مقدار
القيمه واما اذا اتفقا ان الجنايه وقعت فى الحال فيكون القول لمن يشهد له الحال
لامكان معرفه الواجب بالمشاهده فصار كالثابت بالبينه واما اذا اختلفا فى وقت
الجنايه فالقول قول من يدعى ادنى الوقتين لان الجنايه ظهرت فى الحال
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ظهورا ولا يثبت التقدم الا بدليل
وقد وقع الاحتراز عن هذا القسم بقيد المصنف رحمه الله الاختلاف بكونه فى القيمه
واما القسم الذى قبله وان وقع الاختلاف فيه فى القيمه الا ان من يدعى موافقه
الحال ظهر صدقه حاكما فى البينه على ما ذكرنا فوجب العمل به قوله وان كوتب
من ذلك الى اخره اشاره الى ان المدبر الجانى على الاشخاص الثلثه لو كاتبه المولى
من الجنايه من الاولين او من الجنايه الاخر من كان موجب جنايته حال الكتابه

عليه دون مولاه حتى لو كانت الكتابه بعد قتل الاول وجبت قيمته لولى الاول
على المولى ووجبت على الكاتب السعايه لكل واحد من القتيلين الاخرين
قيمه لكن هذه القيمه من شانها انه يسقطها عن الكاتب عجزه قبل حكم القاضى بها
عليه الى من احمه ولى القتيل قبل الكتابه لصيروره الكتابه بالعجز كان لم تكن
وصيروره الجنايات جنايات المدبر وقد تقدم حكمها وذكر الخلاف فيها بين
ابى حنيفه وصاحبيه رحمهم الله وهذا بخلاف ما اذا عجز الكاتب بعد الحكم
عليه بالقيمه حيث لا يسقط عنه القيمه حينئذ لصيرورتها دينا بقضا القاضى قوله
اذ عرضيه تغريم المولى كعرضيه الدفع الى اخره اشاره الى جواب سوال يقدر
وتقريره ان يقال موجب جنايه الكاتب انما لا يصير دينا عليه قبل القضا
لعرضيه التمكن من دفعه لولى الجنايه على تقدير العجز عن ادا بدل الكتابه والكاتب
هنا مايوس الدفع بعد العجز لانه مدبر فوجب ان تصير القيمه دينا عليه بدون
القضا لكونه مايوس الدفع الا يرى ان المكاتب اذا مات عن وفا وعليه جنايه
تصير الجنايه دينا من غير قضا لكونه مايوس الدفع بعد الموت كذا هذا
وتقرير الجواب ان يقال كما ان عرضيه امكان الدفع بعد العجز يمنع صيروره القيمه
على المكاتب كذلك امكان عرضيه تغريم المولى قيمته بعد العجز يمنع صيروره القيمه
دينا على الكاتب وهذا لان موجب جنايته متردد بين ان يكون على المولى
عند العجز وبين ان يكون على الكاتب اذا لم يعجز ففى مسئلتنا ان امتنع الدفع
بسبب التدبير ربما يعجز فتصير الكتابه كان لم تكن وهو مايوس الدفع بالتدبير
فيلزم المولى موجب جنايته فيتضرر به قوله مالم يعتق او يحكم بها اى بالقيمه
على الكاتب اعلم ان المصنف رحمه الله لما بين ان القيمه لا تتقرر على الكاتب
وان كان مدبرا لعرضيه امكان الدفع الجنايه بعد العجز فى القن او دفع القيمه فى المدبر
نبه على ما يوجب التقرر وهو العتق والحكم بالقيمه بقوله مالم يعتق او يحكم بها
وبيانه ان يقول انما تقرر القيمه على الكاتب بالعتق ولا يضمن المولى لان المولى
باعتاقه لم يحبس ولم يتلف شيا من حق المولى لان حقه كان فى السعايه وبعد العتق
هو باق فى السعايه ويدخل فى قسم العتق ما اذا مات عن وفا واما حكم الحاكم
فلان حق المولى يتاكد به ولهذا لو عجز بعد القضا بالقيمه كانت القيمه دينا فى ذمته
يطالبه المولى او يباع فيه كما يباع بغيره من الديون ص كذا يغرم المولى قيمه واحده

ان حفر المدبر بيرا في الطريق فوقع فيه ولو بعد موت المولى او موته
او عتقه لاستناد التلف الى التسبيب بعد ما حتى اعتبرت قيمة يوم الحفر في حق الكل
ولو وقع فيها المولى او عبده بعد عتق المدبر كان هدرا بعد ار الايجاب لنفسه
على نفسه من الاستناد ضد مكاتب المولى لانه حر يدا الا يرى ان القن الحافر
لو مات فيها بعد البيع والعتق غرم المولى قيمته اذ فعله فعله كما لو وقع الجناح
على الاحسن المشرع علم بالحفر او لا اذ الملك ينقل الفعل لا الاختيار وان اخذ ولي
الاول القيمه ومات عنها وعليه مثلاها فوقع ثان اخذ وليه خمسها والباقي للغرما
فضربوا فيه بمثليها والولي بنصفها وان وقع ثالث بعد القسمه قاسم وليه ولي
الثاني راجعين على الغرما بتكمله ربعها اذ بان ان حقهما في ثلثها وحقهم في مثليها
وان غاب ولي الثاني وحضر غريم ضرب ولي الثالث بثلثها والغريم بدينه فيما في يده
صاحبا كل يرد ما في يده الى مثله مقاسما ان لعله الى ان يعتدل الا رباع
باجتماع الكل وفا بالعدل والرجع كما مر في الشفعا فان مات المولى قبل الادا
مفلسا او عن دين سعى المدبر في الاقل من قيمته والارش رابعا فيما نقص
اد الدين في الايسر قبل الوصيه وان مات قبل السعايه سعى المولود فيها من امته
اذ المستسعى عنده كالمكاتب بل اقوى حيث لا يعجز وموته لا يسقط الارش
وان كان الجاني مدبره بعدل سبعين ولها ولد بعدل لها سعيا للمولى في تسعين
وللوارث في ستين لكون العتق من ثلث الباقي بعد الدين ش اي وكذا
يجب على المولى قيمه واحده ان كانت جنايه المدبر بالتسبيب دون المباشره
بان حفر بيرا في طريق المسلمين فوقع فيها تسعه نفر متعاقبا واحد بعد واحد سوا
كان الوقوع قبل موت المولى او قبل موت المدبر او عتقه ام كان الوقوع
بعد ذلك لاستناد التلف الى وقت التسبيب وهو الحفر على سبيل النفاذ
ولهذا اعتبرت قيمته يوم الحفر في حق الواقعين كلهم لا يوم الوقوع
ولو وقع فيها المولى او عبد اخر من عبيد المولى بعد عتق المدبر كان هدرا
لان الاتلاف استند الى وقت الحفر وهو يومئذ مدبر موجب جنايته على
المولى فلو اوجبنا للمولى ضمانا تلفه او تلف عبده لكان ذلك ايجابا لنفس المولى
على نفسه في ضمن القول باستناد التلف الى وقت الحفر وذلك محال الا ترى
ان القن اذا حفر بيرا في الطريق فباعه المولى من رجل فاعتقه المشتري ثم وقع

العتق فيها غرم المولى قيمته لان فعل الحافر كفعل مولاه حال الحفر ولو كان المولى حفر
بنفسه ثم وقع فيها عبد غيره او حر لزمه الضمان فكذا هذا الا ترى ان رجلا لو استاجر اجيرا
ليشرع له جناحا في جدار داره ففعل ثم وقع ذلك الجناح على الاجنبي فقتله كان
رب الدار ضامنا استحسانا لانتقال فعل الاجير اليه فصار كانه فعل بنفسه كذا هذا
فان قيل اذا كان ذلك بمنزله فعل المولى لم لا تجب الديه على عاقله المولى كما لو حفر
المولى في الطريق بيده ثم وقع فيها انسان ومات وكما لو امر انسانا بالحفر في فنا
داره فوقع فيها انسان ومات فان في هاتين الصورتين تجب الديه على عاقله الحافر
ثم عاقلته ترجع على عاقله الامر قلنا في حكم الضمان جعل فعل المولى لانه عاقلته
الا انه لا يجب عليه الديه لعدم الاختيار وتجب القيمه لان الضمان ويجب عليه بفعل
عبده وما وجب بفعل العبد لا يحمله العاقله ففي حكم الوجوب جعل كفعل المولى
وفي حق المقدار جعل كفعل العبد ويجوز ترتب حكمين على فعل واحد على حسب
قيام الدليل قوله علم المولى بالحفر او لا اشاره الى انه يستوي في هذا الحكم
علم المولى بالحفر الموجود من القن وعدم علمه لان ملكه فيه حال الحفر هو الموجب
لانتقال الحفر الى الملك لا كونه مختارا فقول المصنف رحمه الله ضد مكاتب المولى
لانه حر يدا جمله معترضه بين المستشهد به والمستشهد عليه وفي هذه الجمله
اشاره الى ان الواقع في البير التي حفرها المدبر لو كان مكاتبا للمولى لم يكن دمه
هدرا بل يلزم المولى الاقل من قيمته وقيمه المدبر لان المكاتب حر يدا فكانت
اكسابه له ولهذا لو جنى عليه المولى لزمه الضمان واذا كان كذلك فيؤدي
كتابته من الضمان وما بقي يكون ميراثا عنه قوله فان اخذ ولي الاول
القيمه الى اخره عود الى اصل المسله للتفريع عليه اذا عرفت هذا فنقول
اذا وقع الاول في البير فمات وضمن مولى المدبر الحافر قيمته وهي الف فاخذها
الولي بقضا القاضي ثم مات وعليه للغرما دين الفا درهم فوقع فيها الرجل الثاني
فمات اخذ وليه خمس الالف المتروكه واخذ الغرما الباقي فضرب الغرما فيها
بمثليها وهو الفان وضرب الولي بنصفها وهو خمسمايه لانه تبين ان حق ولي الاول
في نصف القيمه والنصف لولي الثاني وقد اخذه ولي الاول بغير حق فصار
دينا في ذمه الميت سوا كان الماخوذ قايما ام مستهلكا لان فساد قبضه فساد
طاري فلا يوجب رد عين المقبوض على القابض واذا كان كذلك فيجعل الاقل

وهو نصف الالف سهما فيصير للغرما اربعه اسهم يقتسمون لولى الثانى خمسها
وذلك مايتا درهم وللغرما اربعه اخماسها وذلك ثمانمايه فلو اقتسم ولى الثانى والغرما
بقضا القاضى ثم وقع الرجل الثالث فمات فاسم وليه ولى الثانى ما فى يده
وهو خمس الالف ثم يرجعان على الغرما بتكمله ربع الالف وذلك خمسون درهما لان الثالث
لما دفع ومات استحق وليه ثلث القيمه فكان حق ولى الثانى والثالث فى ثلثى القيمه
وحق الغرما فى ثلثى القيمه فاذا جعل الاقل وهو الثلثان سهما كان الالف
ثلثه اسهم فيقسم الالف المتروكه عن ولى الاول بين ولى الثانى والثالث وبين
الغرما على اربعه اسهم ربعها وهو مايتان وخمسون يكون للوليين بينهما
نصفين لاستوا حقهما و ثلثه ارباعها وذلك سبعمايه وخمسون للغرما فلو كان
الدين لغريمين ولم يحضر ولى القتيل الثالث حتى غاب ولى الثانى ولاقى
ولى الثالث لاحد الغريمين وفى يده ما حصل له من القسمه وذلك اربعمايه
نسبت بينه وبين ولى الثالث يضرب الولى فيه بحقه وهو ثلث القيمه ويضرب
الغريم بدينه وهو الف فيجعل الاقل وهو الثلث سهما فيصير ما فى يد الغريم
سهما ارباعا ربعه وهو مايه لولى الثالث وثلثه ارباعه وهو ثلثمايه للغريم
قوله فاما الى اخره اشاره الى بيان حكم كل واحد من الحاضرين اذا لقى
مثله من الغايبين وذلك ان يقول اذا تلاقى الوليان او الغريمان ضم احدهما
ما فى يده الى ما فى يد الاخر فيقتسمانه نصفين لاستوا حق الغريمين بزعمهما
التساوى فيما فى يدهما وهو سبعمايه وكذلك الوليان فيما فى يدهما وهو ثلثمايه
ثم اذا اجتمع الوليان والغريمان لاحد الوليين حقهما وذلك ربع الالف المتروكه
ولاحد الغريمين ثلثه ارباعها لاعتبار الارباع باجتماع الكل كما ذكرنا مثل هذا
يقول المصنف رحمه الله وفاقا فى قوله وفا بالعدل منصوب على انه مفعول
له اجله وهو اشاره منه الى ان فيما ذكر من القسمه الوفا بالعدل فى القسمه والوفا
بالعدل فى اخذ كل واحد بزعمه كما مر فى الباب الثانى من كتاب الشفعه
ان الشفيعين اذا اخذ الدار المشفوعه من المشترى ولهما شفيع ثالث غايب
فحضر كان له ان ياخذ من كل واحد ثلث ما فى يده لاستوا حقهما فى زعمهما
وان لم يلق الا احدهما كان له ان ياخذ نصف ما فى يده ثم اذا انفرد احدهما
بالشفيع الذى فى يده نصف الدار كان له ان ياخذ ربع ما فى يده وهو ثمن الدار

لان العدل فى القسمه بضم ما فى يدهما وهو ثلثه ارباع الدار وقسمته بينهما نصفين
لاستوا حقهما فيصير فى يد كل واحد منهما ربع وثمن فحصل للثالث مما فى يد
الشفيع الذى قاسم وغاب ثمن الدار وهو ربع ما كان فى يده ووجه التشبيه
بين المسئلتين ان يقال كما ان العدل فى القسمه هناك بالتنصيف بين الثالث
ولاحد الاولين بعد ضم ما فى يدهما وتثليث كل الدار بينهم اذا اجتمعوا فكذلك
هنا العدل فى القسمه بالتنصيف بين الوليين او الغريمين اذا تلاقيا بعد ضم
ما فى يدهما وبتربيع الكل بينهم اذا اجتمعوا على الوجه الذى ذكرناه واعلم
انه بقى من الصور الممكنه بعد ملاقاه لاحد الوليين ولاحد الغريمين مثله اربع صور
لم يذكرها المصنف رحمه الله اما الاولى فهى ما اذا لقى الولى الحاضر الغريم الغايب
وحكمها ان يضم الولى ما فى يده وهو مايه الى ما فى يد الغريم وهو اربعمايه فيقتسمانه
على قدر حقهما وحق الغريم فى الف وحق الولى فى ثلثها فيكون المجموع بينهما ارباعا
ربعه وهو مايه وخمسه وعشرون درهما للولى والباقى للغريم واما الصوره الثانيه
فهى ما اذا لقى الغريم الحاضر الولى الغايب وحكمها فى جمله المال وقسمته كالصوره
الاولى لكن هنا فى يد الولى مايتان وفى يد الغريم ثلثمايه واما الصوره الثالثه
فهى ما اذا لقى الولى الحاضر الولى والغريم الغايبين معا او لقى احدهما وقاسمه
على الوجه الذى ذكرناه ثم لقى الاخر وحكمها ان يضم ما فى يد الولى الحاضر
وهو مايه وما فى يد الولى الغايب وهو مايتان وما فى يد الغريم الغايب
وهو اربعمايه فيقسم المجموع وهو سبعمايه بينهم على قدر حقوقهم وحق الغريم
فى الف وحقهما فى ثلثيها فيكون بينهم على خمسه اسهم للغريم ثلثه اسهم وذلك اربعمايه
وعشرون وللوليين سهمان وذلك مايتان وثمانون واما الصوره الرابعه
فهى ما اذا لقى الغريم الحاضر الولى والغريم الغايبين معا او مرتبا كما ذكرناه فى الصوره
الثالثه وحكمها ان يضم ما فى يد الغريمين وهو سبعمايه وما فى يد الولى وهو
مايتان ويقسم المجموع وهو تسعمايه بينهم على قدر حقوقهم وحق الغريمين فى الفين
وحق الولى فى ثلث الف فيكون بينهم على سبعه اسهم للولى سهم وللغريمين
سته اسهم **قوله** فان مات المولى قبل الادا مفلسا الى اخره اشاره الى
ان مولى المدبر والجانى لو مات قبل ادا قيمته مفلسا او مات وتركته ديون
على الناس كان على المدبر ان يسعى لولى الجنايه فى الاقل من قيمته ومن الارش

لان حق ولي الجنايه دين على المولى والتدبير وصيه والدين مقدم على الوصيه
ولا يمكن نقض العتق الواقع بموت المولى فيجب رد قيمته لكنه اذا اخرج شي من دين
المولى بعد ذلك رجع المدبر فيه بما غرم عن المولى لان السعايه صارت دينا للمدبر
على المولى والدين يقضى من اسر الاموال قبل الوصيه الا يرى ان المريض اذا
اعتق عبدا لا مال له غيره ثم مات وله ديون على الناس ان العبد يسعى
في قيمته للورثه والغرما ثم يرجع فيما يخرج من الدين كذا هذا **قوله** وان مات
قبل السعايه الى اخره اشاره الى ان المدبر الذي وجب عليه السعايه لو مات
قبل ان يسعى ولم يترك مالا سعى ولده المولود في حال وجوب السعايه عند
ابي حنيفه رحمه الله لان المستسعى عنده بمنزله المكاتب وولد المكاتب يسعى
فيما كان على ابيه فكذا ولد المستسعى بل المستسعى اقوى حالا من المكاتب
في حق السعايه في دين الجنايه لانه لا يسقط عنه بحال اما في حال الحياه
فلانه لا يجوز الحكم بعجزه لعدم تصور عوده الى الرق واما بعد موته فلان الموت
لا يسقط الارش ولا يوجب تاخيره عن غيره من الديون بخلاف المكاتب فان دين
الجنايه يسقط عنه في الجمله لانه بعرضيه ان يحكم بعجزه فتسقط جنايته عنه الى المولى
ولو مات وعليه دين اخر كان الدين مقدما على موجب الجنايه لان الدين لا سقوط
له بحال والارش يحتمل السقوط بالعجز كما ذكرنا **قوله** وان كان الجاني مدبره
الى اخره اشاره الى ان الجاني لو كان امه مدبره والمسئله بحالها ان مات المولى
قبل ادا قيمتها الى ولي الجنايه وقيمه المدبره تسعون درهما ولها ولد قيمته ايضا
تسعون درهما ولم يترك المولى مالا غيرهما سعيا في قيمه المدبره لولي الجنايه
لان ذلك دين المولى فيكون مقدما على التدبير لكونه وصيه كما ذكرنا يبقى بعد ذلك
تركه الميت فيهما قدر تسعين درهما فيسعيان للورثه في ثلثيها وذلك ستون درهما
ويتعين للعتق بالتدبير قدر ثلثين درهما ليكون العتق من ثلث الباقي بعد وفا
دين المولى **ص** وان مات بارش موضحات خطا وهو حر عند الكل والشاج من
عند الاولى مدبر عند الثانيه مكاتب عند الثالثه موقوف عند الرابعه فعلى
المولى ربع الديه بالاولى لاختيار الفدا بالتدبير عالما والادنى منه ومن القيمه
بالثانيه لتفويت الدفع بالتدبير السابق وعلى الشاج مثله بالثالثه لتفويت الدفع
بترك التعجيز وعلى عاقلته ربع الديه بالرابعه لانه حر عندها وان انعكس الحال

وجب للاول نصف عشر قيمه المشجوج قنا وما انتقص الى الثانيه وبها نصف عشر قيمته
مدبرا مشجوجا بالاولى وما انتقص الى الثالثه وبها نصف عشر قيمته مدبرا مكاتبا
مشجوجا بالاولتين وما انتقص الى الثالثه وبها نصف عشر قيمته مدبرا مكاتبا
مشجوجا بالاولتين وما انتقص وثلث قيمته مشجوجا بالاربع وبالرابعه ثلث الديه
لان القيمه معتاد وما ينقص بالجرح فافرد بالارش ضد الديه حذار التكرير
والكتابه تقطع سرايه الاولتين في حق الغرم لتبدل المستحق دون الزحام الموجود
حسا فاهدرنا ثلث النفس لما اتحد اجكما اذ التعديد به دون الجنايه وتحمل العاقله
ما بعد الكتابه اذ آلت نفسا لا ما قبلها لالتحاق اطراف العبد بالمال **ش**
عبد شج رجلا حرا موضحه خطا فدبره المولى عالما بالجنايه ثم عاد وشجه موضحه
اخرى خطا فادى بدل الكتابه وعتق ثم عاد وشجه موضحه اخرى خطا فمات من الكل
فقد تلف باربع جنايات في اربعه احوال مختلفه الاحوال فيعتبر كل حاله على حده
وقد تلف بكل جنايه ربع النفس فيجب على المولى ربع الديه بالشجه الاولى لانها حال
وجودها تعلقت برقبه العبد وصار مولاه مخاطبا بالدفع او الفدا فلما دبره
عالما بالجنايه صار مختارا للفدا لمنعه الدفع فلزمه ربع الديه وعليه الاقل
من ربع الديه ومن القيمه بالشجه الثانيه لتفويته الدفع بالتدبير السابق على الجنايه
فلم يكن مختارا للفدا وعلى الشاج وهو العبد الاقل من ربع الديه ومن القيمه بالشجه
الثالثه لتفويته الدفع بتركه تعجيز نفسه المخلص له عن لزوم موجب الجنايه وعلى عاقله
الشاج ربع الديه بالشجه الرابعه لانه حر عند وجودها وان لم يكن له عاقله فعلى
عاقله مولاه لانهم عاقلته واعلم ان تعليل المصنف رحمه الله وجوب
الاقل من ربع الديه ومن القيمه على الشاج بالثالثه بتفويته الدفع بتركه تعجيز نفسه
ليس المراد منه تفويت دفع الرقبه لانه اذا عجز نفسه وانفسخت الكتابه لا يتصور
دفعه بالجنايه لانه مدبر مايوس الدفع فسوا عجز نفسه ام لم يعجز لا يمكن دفع رقبته
وانما المراد به تفويت دفع المولى قيمته لانه اذا عجز نفسه وانفسخت الكتابه وصارت
كان لم تكن تبين ان جنايته جنايه المدبر وان موجبها على المولى دفع القيمه وقد تقدمت
الاشاره الى نحو هذا في هذا الباب **قوله** وان انعكس الحال الى اخره اشاره
الى الحكم في عكس هذه الصوره وهو ما اذا كان الشاج حرا فشج العبد شجه موضحه
فدبره مولاه ثم شجه موضحه اخرى فكاتبه مولاه ثم شجه موضحه اخرى فادى بدل الكتابه

فكاتبه المولى عالما ثم عاد وشجه موضحه اخرى خطا
صح

وعتق ثم شجه موضحه اخرى فمات والحكم ان الشاج يغرم للمولى بالشجه الاولى نصف
عشر قيمه العبد المشجوج قنا وما نقصته جنايته الى وقت وجود الشجه الثانيه
ويغرم بالشجه الثانيه نصف عشر قيمته مدبرا مشجوجا بالشجه الاولى وما نقصته
الشجه الثانيه الى وقت وجود الشجه الثالثه ويغرم بالشجه الثالثه للمكاتب
نصف عشر قيمته مدبرا مكاتبا مشجوجا بالشجتين الاولين وثلث قيمته مشجوجا
بالشجاج الاربع ويغرم بالشجه الرابعه ثلث الديه اما وجوب نصف عشر القيمه
في كل شجه من الشجاج الثلث الاول فلان القيمه في العبد معيار في حق الجنايه
كالديه في حق الحر ففي كل موضع يكون للجنايه على الحر فيما دون النفس ارش
مقدر من الديه يجب في العبد كذلك من القيمه لانه مضمون بالجنايه من حيث انه
ادمي فيعتبر بالحر في ارش الجنايه وفي الحر الشجه الموضحه مقدره بنصف عشر الديه
فيكون في العبد مقدره بنصف عشر القيمه واما وجوب نقصان الشجاج الثلث
الاول فلان القيمه التي هي معيار تنقص بالجرح فوجب ان تفرد بايجاب الارش
بخلاف الديه لانا لو اوجبنا فيها ارش نقصان الجرح ثم اوجبنا في النفس ديه كامله
لكون ديه الناقص مثل ديه الكامل لتكرر الضمان بسبب تالف واحد لانه يصير
مضمونا مره بالارش ومره بالديه اما غير الحر فقيمه الناقص فيه اقل من قيمه
الكامل فلا يودي افراد الجرح فيه بالارش الى تكرير التالف بجنايه واحده لكن هذا
اذا اختلف الجاني او اختلف موجب الجنايه كما في مسئلتنا اما اذا لم يختلف احدهما
فيجب قيمه العبد صحيحا يوم الجنايه لانه يودي الى الاضرار بالمولى لوصول كمال
حقه اليه وهو نظير صيد الحرم اذا ازدادت قيمته بعد الجرح يضمن نقص جرحه
وقيمته زايده يوم موته ولو قيل يغرم قيمته يوم الموت صحيحا زايدا غير مجروح
كان سوا واما كون ارش الشجه الاولى للمولى فظاهر لانه عبده واما كون ارش
الشجه الثانيه له فلانه لم يحدث ما يغير سرايه الاولى اذ لم يتخلل بين الجنايتين الا التدبير
وبالتدبير لا يتبدل المستحق لان الارش قبل التدبير وبعده للمولى فلم يصر مبريا له عن السرايه
الا ان قبل التدبير يجب نقصان قيمته قنا وبعده نقصانها مدبرا لان ما انتقص بحكم
التدبير وهو منفعه البيع يضاف الى المولى دون الجاني وانما كان موجب الثالثه
للعبد دون المولى كالجنايه الرابعه لما ذكره المصنف من ان الكتابه تقطع سرايه الجنايتين
الاوليين لتبدل المستحق اذ هو قبل الكتابه المولى وبعدها العبد فتعذر ايجاب

موجب سرايتهما للمولى لان ضرر التلف لم يحصل على ملكه وتعذر الايجاب للعبد لانه
لا حق له حال وجود الفعل المضر وهو الشج فيهدر باعتباره وانما وجب بالثالثه
ثلث القيمه دون ثلث الديه وان مات حرا لان ابتدا الجنايه الثالثه وجد وهو مكاتب
فكان موجبها ثلث القيمه ويريد المصنف انقطاع السرايه بالكتابه بكونها في حق الغريم
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال لما كانت الكتابه تقطع سرايه
الجنايتين الاوليين ظهر ان النفس تلفت بالجنايه الثالثه والرابعه فوجب ان يضمن
الغريم وهو الشاج بالثالثه نصف القيمه دون ثلثها كما لو انقطعت السرايه حقيقه بالبرء
وتقرير الجواب ان يقال انما انقطعت السرايه في حق تضمين الغريم سببا من موجب
النفس دون ازدحام الجنايات اما الاول فلان ضمان السرايه مما يحتمل البطلان
الا يرى ان ولي الجنايه لو ابرا الجاني صح فصارت الكتابه بمنزله الابرا كما لو رمى
الى مسلم فارتد المرمي اليه ثم اصابه السهم لا شي عليه عندهما لانه صار مبريا له بالرده
وعند ابي حنيفه يسقط القصاص وان وجبت الديه واما الثاني وهو عدم اعتبار
انقطاع السرايه في ازدحام الجنايات في ثلث النفس فلان الجنايات امور وجدت
حسا فلم يمكن القول ببطلانها واذا انقطعت سرايه الجنايتين الاوليين في حق الغريم
اهدر ما ضمان ثلث النفس لاتحاد الجنايتين من حيث الحكم وهو انقطاع السرايه
فصار كانه تلف بثلث جنايات جنايه قبل الكتابه وقد هدرت وجنايتان بعدها
وحكمهما مختلف فلا بد من اعتبارهما لان تعدد الجنايه يتعدد بحكمها دون تعددها
نفسها لتعذر اعتبار الجنايات المتعدده في موجب واحد قوله ويحمل العاقله
ما بعد الكتابه الى اخره اشاره الى ان موجب الجنايه الثالثه وهو ثلث قيمته مدبرا
مكاتبا مشجوجا باربع شجاج وموجب الجنايه الرابعه وهو ثلث الديه يكون على
عاقله الشاج لان كل واحده من الجنايتين اتت نفسا وضمان النفس على العاقله
بخلاف الجنايه الحاصله قبل الكتابه حيث لا يتحملها العاقله لان اطراف العبيد ملحقه بالاموال
من كل وجه حتى لا يجب القصاص بحال وضمان المال لا تتحمله العاقله ولا يقال لو كانت
اطراف العبيد ملحقه بالمال من كل وجه لم يكن لها ارش مقدر وليس كذلك بدليل
ان في اليد نصف القيمه لانا نقول هذه الملازمه ممنوعه بدليل انهم قدروا
ارش عين الفرس ونحوه بربع القيمه مع انه مال من كل وجه فلا اشكال
وان امر المولى بضرب العبد سوطا فضرب المامور سوطين ثم المولى سوطا ثم الحر سوطا

فمات فعلى عاقلة المامور ما نقص بسوطه الى الموت مضروبا بالسوط وسدس القيمه مضروبا باربعه اسواط وعلى عاقله الاجنبى ما نقص سوطه الى الموت مضروبا بثلثه اسواط وثلث القيمه مضروبا اربعه اسواط لان الجناه ثلثه والتعديد به او بالحكم دون الجنايه حذار الترجيح بالكثره حتى ساوى جار حايط جار الباقى فى الشفعه ولو مات بجرح نفسه وعبده واجنبى وفرحه ونهشه وعقر غرم الاجنبى ربعا غير ان الامر اهدر نصف فعل المامور اذ ينقله حكما لا حسا رجل امر رجلا ان يضرب عبده سوطا واحدا فضربه المامور سوطين ثم ضربه المولى سوطا ثم ضربه رجل اخر سوطا فمات العبد من ذلك كله فالسوط الاول هدر لكونه بامر المولى وكذلك السوط الثالث لانه بفعل مولى العبد بقى السوط الثانى مضمونا على المامور لكونه تعديا كالسوط الرابع على الاجنبى فيغرم عاقله المامور ما نقصه سوطه الى وقت الموت مضروبا بالسوط الاول لان ضربه اياه وهو مضروب به وسدس قيمته مضروبا باربعه اسواط لانه مات وهو منقوص باربعه اسواط ويغرم عاقله الاجنبى ما نقصه سوطه الى الموت مضروبا بثلثه اسواط لان ضربه اياه وهو مضروب بها وثلث قيمته مضروبا باربعه اسواط وهذا لان الجنايات وان كانت اربعه الا ان العبره فى التعدد بالجناه او بالحكم كما ذكرنا قبل هذا لا بالجنايات لان اعتبار الجنايات يؤدى الى الترجيح بالكثره وذلك لا يجوز اذ كل جرح عله تامه بنفسه فى افاده التلف والعله والعلل فى حكم التعارض سوا الا يرى انه يجوز ان يموت من جنايات ويموت من جنايه واحده فلهذا جعلنا صاحب العله الواحده وصاحب العلل سوا فى حق نسبه الحكم اليهما الا يرى ان الجار بحايط واحد مساو لجار بقيه الحيطان فى الشفعه كذا هذا وكذا لو مات رجل بجرح نفسه وجرح عبده وجرح اجنبى اخر وبفرحه اصابته وبنهشه حيه لدغته وبعقر اسد كان على عاقله الاجنبى ربع الديه لانه وان مات باسباب سته حقيقه لكنها اربعه حكما لان الفرحه والنهشه والعقر جنس واحد من حيث انها هدر فى الدنيا والاخره وهو مخالف لحكم بقيه الجنايات اما جنايه الاجنبى فلانها معتبره فى الدنيا والاخره واما جنايه العبد فلانها هدر فى الدنيا معتبره فى الاخره حتى ياثم بها واما جنايه الميت على نفسه فهى ايضا معتبره فى الاخره واما فى الدنيا ففى كونها هدرا خلاف لانه ذكر فى النوادر عن ابى حنيفه

ومحمد

ومحمد انه يغسل ويصلى عليه وعند ابى يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاه عليه اختلاف المشايخ فلم تكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر فصارت الجنايات اربعه اجناس فى الحكم فيكون التالف بكل جنس ربع النفس فيجب على عاقله الاجنبى ربع الديه ولو اعتبرنا عدد الجنايات لا وجبنا عليه سدس الديه واذا ثبت ان المعتبر فى تلف النفس ليس هو عدد الجنايات بل عدد الجناه او عدد احكامها المختلفه فنقول فى مسئلتنا الجناه ثلثه المولى والمامور والاجنبى فيكون التالف بكل واحد ثلث النفس فيهدر حكم جنايه المولى واعتبر حكم جنايه الاجنبى فى الثلث لما ذكرنا واما حكم جنايه المامور فنقول كان ينبغى ان يلزمه بجنايته ثلث القيمه لا انتقال احد فعليه وهو ضرب السوط الاول الى الامر وصار كان الامر ضربه سوطين وضربه المامور سوطا الا انا نقول امر المولى وان اهدر نصف فعل المامور واوجب انتقاله الى الامر الا انه انما ينقله حكما لا حقيقه وحسا واعتبر النقل فى حق الغرم وهو المامور حتى لا يلزمه بسبب السوط الاول شى لانتقال حكمه الى الامر ولم يعتبر فى حق الزحام الموجود منه حقيقه وحسا فكان تلف ثلث النفس من المامور بفعلين سقط حكم احدهما فى حقه دون الاخر فكان موجبه نصف ثلث النفس وهو سدس الكل صح وان شج عبد حرا قبل البيع شجه مخطيا وبعده لاخرى وبعد التقايل لاخرى وشجه لاخر اخرى فمات المشجوج فعلى عاقله الاجنبى نصف الديه لو ربعا لعدد الجانى ثم فى بيع الكل يغرم المشترى سدسها والبايع سدسها ويدفع او يفدى بسدسها لان جنايه القن توجب الدفع ممكنا من التخليص بالفدا معينا اياه بفوت الدفع عالما بها وقد تعين الفدا فى الاولى لمن اذا اعتق كل فرد بيع العالم دون الثالثه ولا يلزم الاجاره لانها تفسخ للدفع كسائر الاعذار فالمكنه قايمه كما فى الرهن الممكن من الدفع بالابقا وفى بيع النصف يغرم المشترى نصف سدس الديه والبايع سدسها وربع سدسها ويدفع او يفدى بمثله لان الربع المبت بالنصف المبيع اثلاث كما مر والربع الباقى نصفان لان بيع البعض عين الفدا فى الاولى دون الباقى ولا تعدد دون اختلاف حكم او جان وتصح من اربعه وعشرين بخروج ثلث الربع ونصفه صح عبد شج رجلا حرا شجه خطا ثم باعه سيده عالما بجنايته ثم عاد العبد وشجه اخرى فى ملك المشترى ثم تقايل البايع والمشترى البيع فيه والمشترى عالم بجنايته ثم عاد العبد وشجه اخرى فى ملك البايع وشجه رجل اجنبى شجه اخرى خطا فمات المشجوج

من ذلك كله فعلى عاقلة الاجنبي نصف الديه في ثلث سنين لان العبد والاجنبي قتلا
المشجوج الا ان العبد قتله بثلث شجات والاجنبي قتله بشجه واحده والمعتبر في
توزيع موجب الجنايات بتعدد الجناه لا بتعدد الجنايات لما عرف من امتناع الترجيح
بما يصلح عله بانفراده واذا كان كذلك انقسمت نفس المقتول نصفين نصف مات
بقتل العبد والنصف الاخر مات بقتل الاجنبي فيجب موجبه على عاقلته في ثلث
سنين كما ذكرنا هذا حكم جنايه الاجنبي واما حكم جنايه العبد فنقول لا يخلو اما ان يكون
البائع باع كله بعد الشجه الاولى او باع نصفه ففي الوجه الاول يغرم المشترى
سدس الديه في ثلث سنين لا خراجه العبد من ملكه بلا فداه عالما بجنايته
الثانيه ويغرم البائع سدس الديه في ثلث سنين لبيعه العبد عالما بجنايته الاولى
ويخير البائع من دفع العبد بجنايته الثالثه ومن فدائه بسدس الديه وهذا
لان جنايه القن توجب على المولى دفعه الى اوليا الجنايه الا ما امكنا من تخليصه
لنفسه بفدايه باد موجب الجنايه ومعتبنا للفدا عليه بتفويته الدفع الى
الاوليا عالما بالجنايه اذا ثبت هذا فنقول نصف المشجوج قد اتلفه نصف العبد
بثلث جنايات يجب اعتبار كلها لاختلاف احكامها اذ موجب الاولى انتقل
من رقبه العبد الى ذمه مولاه البائع وموجب الثانيه انتقل الى ذمه المشترى
وموجب الثالثه باق في رقبته وقد تعين الفدا في الشجه الاولى والثانيه
لان كل واحده منهما اعقبت بعدها بيع المالك عالما بها ولم يتعين الفدا في الثالثه
لانها لم تعقب بعدها بيعا ولا شيا ولا يلتزم على ما ذكرنا ما لو اجر المولى عبده الجاني
حيث لا يتعين عليه الفدا وان تعلق به حق المستاجر لان الاجاره تفسخ بالعذر
ودفع العبد الجاني عذر فيفسخ لاجله كساير الاعذار فكان التمكن من الدفع تاما
بعد الاجاره فلا يتعين الفدا بالاجاره كما لا يتعين في رهن الجاني لكون التمكن من الدفع
قايما بايفا الدين وفك المرهون ودفعه وكذا الوصرف الجاني ولم يتعيب او استخدمه
او بعثه في حاجه فعطب او اصابه عيب سماوي او كنيف او جناح اخرجه المولى
او وقع في بير حفرها المولى في الطريق او كانت امه فوطيها او زوجها وهذا بخلاف
ما لو اعتق او باع كله او بعضه او دبره او كاتبه او ضربه فتعيب عيبا فاحشا او جرحه
او اوطاه دابة المولى راكبها او وقع عليه فقتله ولم يتعمده واما في الوجه الثاني
وهو ما اذا باع المولى نصف العبد دون الكل فنقول يغرم المشترى بالشجه الثانيه

عليه

نصف سدس الديه ويغرم البائع سدس الديه وربع سدسها بالشجه الاولى والثانيه
واما في الشجه الثالثه فيخير بين ان يدفع او يفدي بسدس الديه وربع سدسها
وهذا لان العبد لما كان قاتلا نصف المشجوج كان كل نصف منه قاتلا ربعه الا ان الربع
المتلف من المشجوج بنصف العبد المبيع اثلاث لموته بثلث جنايات مختلفه الاحكام
كما مر ذكره في بيع الكل فوجب اعتبارها فانقسم الربع من المشجوج على ثلثه فصار
كله اثني عشر لزم المشترى بالشجه الثانيه سهم وهو نصف سدس الديه
كما ذكرنا ولزم البائع مثله بالشجه الاولى واما الربع الميت بنصف العبد الباقي
وهو النصف الذي لم يجر فيه البيع فينقسم نصفين نصف مات بالشجه الاولى
ونصف بالشجتين الاخريين لاتحاد موجبهما وهو التعلق برقبه العبد على وجه
يخير المولى وهو البائع فيه بين الدفع والفدا فكانا كجنايه واحده حكما وهي
مخالفه لموجب الجنايه الاولى اذ موجبها الانتقال من رقبه العبد الى ذمه المولى
لتعين الفدا فيها ببيع المولى بعض العبد كما في بيع الكل اذ كل واحد منهما يعجزه
عن الدفع الى ولي الجنايه واذا كان الربع الميت بالنصف الذي لم يبع منقسما
نصفين كان موجب الشجه الاولى نصف ربع الديه وذلك سهم ونصف من اثني عشر
اذا ضممناه الى ما لزمه من الربع الميت بالنصف المبيع وهو سهم بلغ سهمين ونصفا
من اثني عشر وذلك سدس جميع الديه وربع سدسها واذا انكسر ما لزم المولى
بالنصف ضعفنا فبلغ اربعه وعشرين منها تصح المسيله لانها مخرج ما لزم المولى من ثلث
ديه الربع الميت من المشجوج بالنصف المبيع ومخرج ما لزمه من نصف ديه الربع
الميت بالنصف الذي لم يبع ص وان كان العبد بين اثنين واشترى الشريك
نصف النصف فما باع البائع اتلف ثمن النفس بثلث شجات اولها على البائع
والوسطى على المشترى والاخرى في رقبه العبد وما بقي له اتلف الثمن
بشجتين حكما لما مر فلزمه بما باع ثلث ثمن وبما لم يبع نصف ثمن وخير في مثله
وما كان للمشترى اتلف ربع النفس بشجتين حكما اذ تعين الفدا في الاولى دون
الثالثه فلزمه ثمن مضموما الى ثلث ثمن وخير في ثمن والمخرج اربعه وعشرون
س اي وان كان العبد الشاج لرجلين والمسيله بحالها واشترى احد الشريكين
نصف نصيب الاخر بعد الشجه الاولى فعلى عاقله الاجنبي نصف الديه كما ذكرنا
في المسيله الاولى ان المشجوج قتله اثنان والمعتبر عدد الجناه واما حكم العبد

فنقول قد اتلف نصف النفس بثلث جنايات تجب اعتبارها لاختلاف احكامها
كما قررنا في المسيلة الاولي والعبد نصفان بين الشريكين ونصيب البايع على سهمين
سهم باعه لشريكه وسهم لم يبعه فصار العبد على اربعة اسهم كل سهم منها اتلف ثمن
المشجوج ثلث جنايات مختلفة الاحكام واذا كان كذلك فنقول السهم المبيع
اتلف ثمن نفس المشجوج بثلث شجات موجب اولاها على بايعه لبيعه عالما بها
وموجب الوسطى على المشتري لمقابلته عالما بها وموجب الاخرى في رقبة
العبد لم ينتقل لعدم ما يوجب الانتقال واما السهم الذي لم يبع فقد اتلف
ثمن نفس المشجوج بشجتين حكما وان كانت الشجاج ثلثا حقيقة لما مر من انه
لا تعدد في الجناية دون اختلاف الحكم او تعدد الجناة واذا كان السهم المبيع
متلفا لثمن النفس بثلث شجات والسهم الذي لم يبع متلفا لثمن النفس بشجتين
لزم البايع بجناية السهم المبيع ثلث ثمن الديه ولزمه بما لم يبعه نصف ثمنها ويخير
في موجب الشجة الثالثة بين ان يدفع نصيبه من العبد الى ولي الجناية
وبين ان يفديه بمثل ما وجب عليه بالشجة الاولى وذلك نصف ثمن الديه
وثلث ثمنها واما حكم الشريك المشتري فنقول النصف الذي كان له من العبد
اتلف ربع نفس المشجوج بشجتين حكما وان كانت ثلث شجات حقيقة لاتحاد موجب
الجنايتين الاولتين في حقه من حيث انه تعين عليه الفدا فيهما لاختياره الفدا
في احديهما بازالة ملكه عن ربع العبد المبيع بالمقابلة عالما بالجناية وازالة بعض
الملك في العبد الجاني كازالة كله في حق تعين الفدا كما ذكرناه وهذا بخلاف
الشجة الثالثة لانه لم يتعين عليه الفدا بالنسبة اليها فكان حكمها مخالفا لحكم الاولتين
واذا كان نصيب الشريك المشتري وهو النصف متلفا لربع نفس المشجوج بشجتين
حكما كان موجب الشجتين الاولتين لاتحاد حكمهما وجوب ثمن الديه مضموما
الى ما تعين عليه من فدا الربع المبيع المتقابل فيه عالما بالشجة الثالثة وذلك ثلث
ثمن الديه لما قدمناه من ان السهم المبيع اتلف ثمن النفس بثلث شجات بحسب اعتبار
كلها لاختلاف احكامها فصار جميع ما لزم المشتري ثمن الديه وثلث ثمنها واما حكم
الشجة الثالثة في حقه فهو انه يخير في موجبها بين ان يدفع نصيبه بها او يفديه
بثمن الديه لان نصيبه اتلف ربع النفس بشجتين حكما وان كانت ثلثا حقيقة
وقد صار مختارا للفدا لثمن الديه في احديهما كما اشرنا اليه قبل هذا ولم يصر مختارا

للفدا

للفدا في الاخرى اذ لم يوجد منه بعدها ما يوجب انتقال موجبها الى ذمته فكان
له الخيار في موجبها على الوجه الذي ذكرنا **قوله** والمخرج اي ومخرج
المسيلة الذي تصح منه سهامها اربعة وعشرون لان كل ربع من العبد لما جعل
متلفا لثمن نفس المشجوج بثلث جنايات مختلفة احكامها جعل كل العبد على اثني عشر
سهما وكذلك النفس التي تلفت واذا صار نصف النفس على اثني عشر سهما
صار كلها اربعة وعشرين سهما كما ذكرنا تلف نصف النفس وهو اثنا عشر سهما
بفعل الاجنبي بحمله عالما به في ثلث سنين وتلف ربعه وهو ستة اسهم بفعل نصيب
المشتري يلزمه به ربع الديه مضموما الى ما لزمه بازالة ملكه عن الربع المبيع
بالتقابل وذلك سهم فكان مجموع ما لزمه سبعة اسهم من اربعة وعشرين سهما
كما ذكرنا وتلف ربع النفس وذلك ستة اسهم بفعل نصيب البايع الا ان نصف
نصيبه جرى فيه البيع وصدرت منه الجناية الثانية على ملك المشتري ولزم
المشتري موجبها برده عالما فسقط ذلك القدر وهو ثلث ثمن الديه سهم
من اربعة وعشرين عن البايع وبقي عليه خمسة اسهم منها سهم بالشجة الاولى
الحاصلة من الربع المبيع وسهم ونصف سهم بالشجة الاولى من الربع الذي لم يبع
~~وسهم من الربع المبيع~~ ويلزمه ان اختار الفدا في الشجة الثالثة سهمان ونصف سهم
سهم ونصف من الربع الذي لم يبع وسهم من الربع المبيع فكان مجموع ما يلزمه اثنا عشر
من اربعة وعشرين **ص** وان شج اجنبيا شجة والشريك المشتري قبل الشرا
شجة وبعده اخرى وبعد التقابل اخرى ثم ما باع البايع اتلف ربع المشتري
ثلث شجات هدرت وسطاها بالملك وصارت الاولى فدا بالبيع والاخرى
في رقبة العبد وما بقي له اتلف ربع المشتري بشجتين حكما لما مر فصارت
احديهما فدا والاخرى في رقبة العبد والنفس اربعة وعشرون يلزمه
بالاختيار خمسه وهو سدس وربع سدس ودفع او فدى بمثله وهذا النصف
اتلف نصفه الاجنبي فيفدى بنصف الديه او يدفع فيضرب فيه الوليان بحقيهما
وما كان للمشتري اتلف نصفه وهو هدر ونصف الاجنبي وهو في رقبة العبد
ش اعلم ان الجناية على الاجنبي وان كانت مقدمة لفظا الا انها موخرة عن
المسايل وجودا بدليل ان المصنف جعل موجبها الخيار بين الدفع والفدا
ولو كانت مقدمة وجودا لصار المولى مختارا للفدا ببيع الربع من الشريك

فصورة المسئلة عبد بين شريكين شج احدهما شجة موضحة خطأ فاشترى المشجوج
نصف نصيب الآخر ثم عاد العبد فشجه اخرى بعد الشراء ثم تقايلا فعاد وشجه اخرى
وشج رجلا اجنبيا فمات الشريك المشترى والاجنبي من ذلك فهذا عبد قد قتل مولاه
واجنبيا آخر فيكون كل نصف منه قاتلا نصفهما وكل ربع قاتلا ربعهما واذا كان كذلك
كان ما باعه البائع لشريكه وهو الربع متلفا ربع نفس الشريك المشترى بثلث شجاج
وقد هدرت الشجة الوسطى منها لوجودها حال ملك الشريك المشجوج اذ جناية
العبد على مولاه خطأ هدر وصار البائع مختارا للفداء في الجناية الاولى لبيعه بعض العبد
عالما بجنايته والجناية الثالثة ثابتة في رقبة العبد يخير فيها المولى كما سياتي واما الربع
الذي بقي له وهو الذي لم يبع فقد اتلف ربع الشريك المشترى بشجتين حكما وان كانت
ثلاثا حقيقة لما مر من اتحاد حكم الجنايتين الاخريين من حيث التعلق برقبة العبد
ولم يصر البائع مختارا للفداء فيهما على خلاف حكم الاولى فكانا كجناية واحدة واذا كان كذلك
صار البائع مختارا للفداء في احديهما وهي الاولى لبيعه بعض العبد عالما بها وكانت
الجناية الاخرى ثابتة في رقبة العبد يخير البائع فيها كما سياتي ايضا قوله
والنفس اربعة وعشرون اشارة الى ان المسئلة تصح من اربعة وعشرين سهما
لان الربع المبيع لما اتلف ربع الشريك المشترى بثلث جنايات مختلفة احكامها انقسم
ربع النفس المتلف اثلاثا فحصة كل جناية ثلث الربع وهو نصف السدس واذا صار
الربع اثلاثا كان الكل اثنى عشر وكذا الكلام في نفس الاجنبي ولما انكسر الحساب
بالانصاف لحاجتنا الى ربع السدس كما سياتي الكلام عليه في خلال المسئلة اذ سدس
الاثنى عشر سهمان وليس لهما ربع صحيح ضعفنا العدد فصارت كل نفس على اربعة
وعشرين فلزم البائع باختيار الفداء في الجناية الاولى لولي الشريك المشترى خمسة اسهم
وهو سدس جميع الدية وربع سدسها سهمان للربع المبيع لان الجنايات في حقه معتبرة
كلها لاختلاف احكامها فيكون بازاء الجناية الاولى ثلث ربع النفس وذلك سهمان
لانها ثالثة ثلث جنايات والربع الذي لم يبع ثلثة اسهم لان الجنايات الثلث في حقه
جنايتان حكما فيكون بازاء الجناية الاولى نصف ربع النفس وذلك ثلثة اسهم كما ذكرنا
لانها ثانية اثنين واما حكم الجناية الثالثة فيقال للبائع اما ان تدفع نصيبك
من العبد بها الى ولي الشريك المشترى واما ان تفديه بخمسة اسهم ايضا وهو سدس
الدية وربع سدسها لان موجب الجناية الثالثة من الربع المبيع ثلث ربع النفس

لكون

لكون الجنايات الثلث معتبرة فيه وذلك سهمان ومن الربع الذي لم يبع نصف ربع النفس
وذلك ثلثة اسهم لكونه قد تلف بجنايتين حكما على ما قررناه قبل هذا فالحاصل
ان هذا النصف الذي ابيع نصفه جنى على نصف الشريك المشترى بثلث شجات
صار البائع مختارا في الاولى بسدس الدية وربع سدسها وتعلقت الاخيرة برقبة
العبد يدفع بها او يفدى بسدس الدية وربع سدسها وهدرت الوسطى من الربع
المبيع وتداخلت هي والاخرى فجعلنا كجناية واحدة في الربع الذي لم يبع قوله
وهذا النصف اي النصف المختص بالمولى البائع قد اتلف ايضا نصف الاجنبي
ولم يهدر من الجناية شيء ولم يوجد اختيار الفداء من المولى البائع فيخير بين
ان يفديه بنصف الدية لولي الاجنبي وبما فيه من حق ولي الشريك المشترى
بالجناية الاخيرة وهو سدس الدية وربع سدسها خمسة اسهم من اربعة وعشرين
سهما سهمان من الربع المبيع وثلثة من الربع الذي لم يبع وبين ان يدفعه فان
اختار الدفع ضرب فيه ولي الاجنبي وولي الشريك المشترى بحقيهما فحق ولي
الاجنبي في نصف الدية اثنى عشر سهما من اربعة وعشرين وحق ولي الشريك
المشترى في سدس الدية وربع سدسها وذلك خمسة من اربعة وعشرين كما قررنا
فينقسم نصف العبد بينهما على سبعة عشر اثنا عشر لولي الاجنبي وخمسة للآخر
هذا حكم نصف المولى البائع واما حكم نصف الشريك المشترى فقد اتلف
فقد اتلف نصف سيده وذلك هدر واتلف نصف الاجنبي وذلك معتبر وقد تعلق
برقبة العبد فيقال لورثة الشريك المشترى اما ان تدفعوا نصيبكم من العبد
الى ولي الاجنبي واما ان تفدوه بنصف الدية ص وان قتل شخصا مدبره احدهما
جاهلا به فقتل آخر فللساكت تضمين مدبره للافساد عنده والهلاك عندهما
حتى لم يقيد باليسار دافعا ذلك الى ولي الاول اقامة للبدل مقام المبدل
كالارش ويغرم من دبر لولي الاول نصف قيمته قنا تكميلا لحقه ولولي الثاني
قيمته مدبرا لاستناد ملكه الى وقت التدبير حتى سرى من الام الى المولود
بعده والتضمين وان كان تمليكا عن علم لكن في المابوس دفعه وله الاستسعا
عنده لا عندهما تفريعا على التجزي دافعا للسعاية لا غير الى الوليين اذ لم يجني
غيرها ولم يتلف كذا له الترك والتدبير والعتق عنده غارما لهما نصف القيمة
وعلى من دبر لولي الاول نصف قيمته قنا ولولي الثاني نصف قيمته مدبرا اذ لم يختر فدا

ولم يزدد ملكا **مس** عبد بين شريكين قتل رجلا خطأ فدبره احدهما جاهلا بقتله
ثم قتل رجلا آخر خطأ فللشريك الساكت وهو الذي لم يدبر تضمين الشريك الذي
دبر نصف قيمته قنا اما على قول ابي حنيفه فلافساده عليه ملكه بتدبيره واما
على قولهما فلانه ضمان تملك كالاستيلاد ولهذا لم يتقيد باليسار بل يجب الضمان
عندهما وان كان المولى الذي دبر معسرا والخلاف بينهم مبني على تجزي الاعتاق
وعدمه وقد عرف في موضعه **قوله** دافعا منصوب على انه حال من الساكت
التقدير فللساكت تضمين من دبر حال كونه دافعا ذلك الضمان الذي يأخذه
الى ولي القتيل الاول لان العبد حين جنى كان مشتركا بينهما فتعلقت الجنايه برقبته
وقد فات نصيبه واخلف بدلا وهو الضمان فتعلق به حق ولي الجنايه اقامه للبدل
مقام المبدل كالارش فيما اذا قطعت يد العبد الجاني واخذ المولى ارشها
ثم دفع العبد بالجنايه فانه يدفع الارش معه لانه بدل حقه وهو اليد كذلك
هنا بخلاف ما اذا قطعت يد المدبر الجاني واخذ مولاه الارش حيث لا يدفعه
الى ولي الجنايه لان موجب جنايه المدبر الوجوب على المولى ابتدا من غير التعلق
برقبه المدبر فلم يكن الارش بدل مال تعلق به حق المجني عليه ولهذا لو مات
المدبر الجاني تبقى القيمه دينا في ذمه المولى ولو مات العبد الجاني لم يجب على مولاه
شي **قوله** ويغرم من دبر الى اخره اشاره الى ان الساكت اذا دفع ما اخذه
من الضمان الى ولي القتيل الاول يغرم المولى الذي دبر لولي الاول ايضا نصف
قيمه العبد قنا تكميلا لحقه لانه منع الدفع بتدبيره بغير اختيار اذ لم يعلم بالجنايه حال
التدبير فيغرم نصف قيمته ويغرم الذي دبر ايضا لولي القتيل الثاني قيمه العبد
مدبرا لانه لما ضمن نصيب الساكت استند ملكه في نصيبه الى وقت التدبير ولهذا
لو كانت امه فولدت بين التدبير والجنايه الثانيه سرى التدبير الى الولد
فصار مدبرا لما قلنا من استناد الملك في المضمون الى وقت التدبير فظهر انه
حصل التدبير حال اتصال الولد حكما وان كان اختيار التضمين بعد وجود التدبير
حقيقه **قوله** والتضمين وان كان تمليكا عن علم الى اخره اشاره الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يصير الساكت مختارا للفدا عند ابي حنيفه
لان اختياره التضمين تمليك لنصيبه من شريكه مع علمه بالجنايه وتقرير الجواب
ان يقال العبد وان كان نصفه غير مدبر حكما لتجزي التدبير عنده الا انه مايوس الدفع

من غير اختيار منه اذ لا يجوز اخراجه من ملك الى ملك آخر فكان كله بمعنى التدبير
حكما هذا حكم التضمين واما حكم الاستسعا فنقول للساكت ان يستسعي العبد عند ابي حنيفه
خلافا لهما وهذا الخلاف ايضا تفريع على الخلاف في القول بتجزي الاعتاق وفروعه
عنده خلافا لهما **قوله** دافعا منصوب على انه حال ايضا من الضمير المجرور في قوله
وله العائد على الساكت التقدير وللساكت الاستسعا عنده حال كونه دافعا لبدل
السعايه الى ولي القتيل الاول وولي القتيل الثاني **وقوله** لا غير قيد في الدفع
وهو اشاره الى ان الساكت اذا استسعى العبد فدفع بدل السعايه الى الوليين لا يلزمه
مع ذلك دفع شي آخر اليهما لان نصيبه لم يخلف غير بدل السعايه وهو لم يتلف
على الوليين من نصيبه شيا لان عجزه عن دفعه اليهما كان بسبب تدبير صاحبه
من غير اختياره فلم يصر مختارا للفدا فبقيت متعلقه برقبته كما كانت وانتقلت
الى بدله وهو السعايه **قوله** كذا له الترك الى اخره اي وكذا للساكت ترك
نصيبه على حاله وتدبيره واعتاقه عند ابي حنيفه **قوله** غارما منصوب ايضا
على انه حال من الضمير المجرور في قوله كذا له العائد على الساكت التقدير كذا للساكت
ايضا ترك نصيبه على حاله والتدبير والعتق عنده حال كونه غارما للوليين نصف
قيمه العبد بينهما نصفين لانه استبقاه على ملكه وتعذر الدفع لم يكن باختياره فان قيل
وجب ان لا يضمن لان تعذر الدفع لم يكن من جهته ولم يستهلك ولا اخذ بدلا بخلاف
ما اذا اختار التضمين والاستسعا لانه اخذ البدل قلنا ان لم يوجد منه الاستهلاك
بعد الجنايه لكن تقرر نصيبه على ملكه لمنفعه ترجع عليه وهي الاستخدام في التدبير
والترك والولا في الاعتاق فاذا انعدم الدفع وتعذر تضمينه وهو منتفع به يلزمه قيمته
لئلا تهدر الجنايه كما لو دبر ثم جنى فانه يضمن القيمه وان لم يوجد منه الاستهلاك
بعد الجنايه هذا حكم المولى الساكت واما حكم المولى الذي دبر فيغرم لولي القتيل
الاول نصف قيمه العبد قنا ويغرم لولي القتيل الثاني نصف قيمته مدبرا اما الاول
فلان التدبير جاهلا بالجنايه وان منع الدفع الا انه لم يصر مختارا للفدا واما الثاني فلان
الجنايه الثانيه وجدت ونصف العبد مدبر له ولم يزدد ملكه فيه بخلاف ما اذا
اختار الساكت التضمين حيث يغرم المولى الذي دبر لولي القتيل الثاني جميع قيمته
مدبرا لان الجنايه هناك وجدت بعد زياده ملكه بنصف العبد حكما لاختيار
الساكت تضمينه وصيرورة جميعه ملكا له لكن نصفه مدبر ونصفه قن فكان كله مدبرا

له معنى على ما ذكرنا قال في التحرير هذا كله قول ابي حنيفه ولم يذكر محمد في الكتاب
قول ابي يوسف ولا قول نفسه وعلى قياس قولهما يضمن المدبر نصف قيمه العبد
لولي الجنايه الاولى وجميع قيمته مدبرا لولي الجنايه الثانيه كما ذكرنا لابي حنيفه
فيما اذا اختار الساكت الضمان لان الكل مدبر له لانه لا يتجزى عندهما ويغرم الساكت
نصف قيمته قنا موسرا كان او معسرا ويدفعه الساكت الى ولي الجنايه الاولى لما قلنا
لابي حنيفه **ص** وان قال احدهما للاخر اضربه سوطا فان زدت فهو حر فضرب
ثلثا ثم الامر سوطا ثم اخر سوطا فقبل الموت يغرم المامور للامر نصف ما نقص الثاني
مضروبا سوطا اذ الماضي بين المالك وامره وهو حر بعده عندهما فلا يفرد النقص
بارش مستسعى عنده فيأخذ منه ما نقص الثالث مضروبا سوطين ويغرم الامر
للمامور نصف قيمته مضروبا سوطين بشرط اليسار لافساد الملك فانه وان باشر
الشرط فالحكم لا يضاف اليه وقيل عنده لا يضمن تفريعا على شريك شرى الابن والمعلق
عتقه بملك البعض وللعبد ما نقص الرابع مضروبا ثلثا وعلى الاجنبي ما نقص سوطه
مضروبا اربعا وبعد الموت على الاجنبي وللامر ثلثا العبد وعلى المامور سدسها
مضروبا خمسا اذ الجناة ثلث وفعل المامور بين مهدر ومضمون تخلله عتق فقطع
السرايه ويحمل العاقله الاعن العتق تفريعا على من شارك في قتل مكاتبه صار قاتلا منه
الى الامر قدر ما غرم للشريك كما لو لم يمت والى اقرب عصبته ما فضل لحرمانه
عن الارث ضد ما لو امر ولم يضرب لانه بالعكس مسبب لا مباشر **ش** عبد بين
رجلين قال احدهما للاخر اضربه سوطا فان زدت عليه فهو حر فضربه المامور
ثلثه اسواط ثم ضربه الامر سوطا ثم ضربه اجنبي اخر سوطا ففي المسيله حكمان
حكم قبل موت العبد وحكم بعده اما الاول وهو حكم ما قبل الموت فيغرم المامور
للامر نصف ما نقصه السوط الثاني مضروبا سوطا ولا يغرم السوط الماضي وهو الاول
لانه هدر لتردده بين المالك وهو الشريك الضارب وبين الشريك الامر به ثم حكم
العبد انه يصير حرا بعد السوط الثاني عند ابي يوسف ومحمد لان الشريك الامر
علق عتقه بالزياده على السوط الاول وقد وجد الشرط فيعتق نصيبه بوجود
السوط الثاني ويعتق الباقي عندهما بالسرايه واذا صار حرا بعد السوط الثاني
فلا يفرد نقص السوط الثالث بارش على حده فيدخل ضمان النقصان في الديه
اذا مات كما في ساير الاحرار واما عند ابي حنيفه فالعبد بعد السوط الثاني ليس حرا

لـ مستسعى لما عرف من مذهبه ان للشريك الساكت ان يستسعي نصيبه بعد اعتاق
شريكه والمستسعى بمنزله المكاتب عنده فيكون السوط الثالث مضمونا له على المامور
فيأخذ منه ما نقصه السوط الثالث مضروبا سوطين ويغرم الشريك الامر للمامور
نصف قيمه العبد مضروبا بسوطين ان كان الامر موسرا لانه نفاذه عليه ملك نصيبه
خلاف ما اذا كان الامر معسرا حيث لا يلزمه للمامور ضمان بل يكون للمامور ان يستسعي
العبد في نصيبه **قوله** فانه وان باشر الشرط فالحكم لا يضاف اليه الى اخره اشاره
الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان لا يغرم الشريك الامر شيا
للضارب موسرا كان او معسرا لانه رضي باعتاق شريكه لما باشر سوط العتق
وهو السوط الثاني مع علمه ان العتق يحصل عنده الا يرى ان المريض اذا قال
لامراته ان فعلت كذا فانت طالق ثلثا والفعل مما لها منه بد ففعلت لم يصر الزوج
فارا حتى انها تحرم عن ارثه لانها صارت كالراضيه ويمكن الجواب ان يقال
الضارب وان باشر شرط العتق الا ان الحكم لا يضاف الى الشرط بل الى السبب المعلق بالشرط
وهو قوله فهو حر ومباشر الشرط وان كان راضيا من وجه الا ان رضاه من وجه
لا يوجب سقوط ما يقتضيه القياس من وجوب الضمان له على الامر باعتاقه الموجب
لفساد ملك المامور وانما يسقط اذا وجد الرضا من كل وجه وهذا بخلاف توريث
امراه الفار لانه ثبت باجماع الصحابه رضي الله عنهم على خلاف القياس اذا لم يوجد
منها الرضا اصلا فاذا باشرت شرط الطلاق كانت راضيه به من وجه ولا اجماع
على توريثها في هذه الصوره فيرد الى ما يقتضيه القياس من الحرمان **قوله**
وقيل عنده لا يضمن الى اخره اشاره الى ما قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان القول
بالضمان قولهما اما على قول ابي حنيفه فلا يضمن تفريعا على قوله في مسيله شرى الرجلين
ابن احدهما او عبدا اعلق احدهما عتقه بملك بعضه اذا اشتريا حتى عتق على الاب
في الصوره الاولى وعلى المعلق في الصوره الثانيه فانه لا يضمن لشريكه شيا وان كان
موسرا لرضا الشريك بمباشرته في الشرا الا يرى ان محمدا نص في كتاب العتاق في قوله
ان اشتريت عبدا او بعضه فهو حر بعد موتي فاشتراه مع اخر حتى صار نصيبه مدبرا
انه لا يضمن لشريكه نصيبه موسرا كان او معسرا عند ابي حنيفه وعندهما يضمن موسرا
كان او معسرا ومنهم من قال المذكور في الجامع قولهم جميعا وهو الظاهر والاصح فان محمدا لم يحك
عنه خلافا هنا ولا في هذه المسيله في كتاب العتاق وانما ذكر الخلاف فيما اذا كان العتق معلقا

بالشرا كيف وقد نص على قول ابى حنيفه فى الجامع فكان الصحيح هو الفرق ثم الفرق
بين مسيلتنا ومسيله كتاب العتاق ان يقال فى مسله العتاق شريك الحالف اعانه
على تحصيل الملك والملك فى الجمله له اثر فى ايجاب العتق كما فى شرا القريب فانه صار
اعتاقا بواسطه الملك فتى اعانه على ماله اثر فى تحصيل العتق صار كالمعين له
فى تحصيل العتق فصار راضيا بعتق نصيب صاحبه من كل وجه فلا يضمن كما فى شرا
القريب اما الضرب فلا اثر له فى تحصيل العتق اصلا وايجاد الشرط لا يكون اعانه له
على تحصيل العتق فلا يثبت منه الرضا من كل وجه واما الفرق بينها وبين مسيله
شرا الابن فهو ان يقال هنا وجد من الشريك الرضا بعتق نصيب صاحبه
من كل وجه لانه اعانه على تحصيل الشرا وشرا القريب اعتاق والاعانه على العتق
رضا به فيكون راضيا باعتاق صاحبه من كل وجه والرضا باعتاق صاحبه من كل وجه
مما يسقط الضمان عن المعتق واما ايجاد شرط العتق فلا يثبت اعتاقا مبتدا
بعد الشرط ولهذا لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم نوى عند دخول
الدار ان يعتق عن كفاره يمينه لم يجز النيه لان نيه الكفاره لم تقارن العتق لان الشرط
لا يثبت العتق فلم يصر بتحصيل الشرط معينا صاحبه على العتق فلا يصير راضيا
من كل وجه وهذا لانه قصد تصحيح شرايه ولا يصح شراوه الا بشرا صاحبه فكان راضيا
بعلة العتق قوله والعبد ما نقص الرابع الى اخره اشاره الى حكم السوط الرابع
والخامس بيانه ان نقول السوط الرابع لا ماه ونصفه مولى الامر ونصفه كالمكاتب
اما للمامور حال اعسار الامر لان للمامور استسعاه واما للامر حال يساره لانه
بالضمان ملك باقيه فكان كمكاتبه بمعنى ان عتق كله موقوف على ادا السعايه اليه
واذا كان كذلك كان السوط الرابع معتبرا كله فيكون نقصانه للعبد على الامر مضروبا
ثلثه اسواط ويغرم له الاجنبى ما نقص سوطه وهو الخامس مضروبا بارىعه اسواط
لان موجب الجنايه على المكاتب له قوله وبعد الموت الى اخره اشاره الى الحكم
الثانى وهو حكم العبد المضروب بعد موته وبيانه ان نقول يكون على الاجنبى والامر
ثلثا قيمه العبد وعلى المامور سدس قيمته مضروبا خمسه اسواط لان النفس وان تلفت
بخمس جنايات حقيقه الا ان العبره فى هذا الباب لعدد الجناه والجناه ثلثه الامر والمامور
والاجنبى فكان التالف بجنايه كل واحد منهم ثلث النفس الا ان فعل المامور وان كان
ثلث جنايات حقيقه الا انها جنايتان حكما لاتحاد موجب السوطين الاولين من حيث

[illegible]

انقطاع

انقطاع سرايتهما لتبدل المستحق بعدهما لان المستحق فى السوطين الاولين المولى
والمستحق بعدهما العبد فكان المامور متلفا لثلث نفس العبد بجنايتين احدهما
وهى السوطان الاولان المتداخلان هدر والاخرى مضمونه وقد تخلل بينهما عتق
الامر الموجب لانقطاع سرايه الجنايه الاولى دون الاخرى فيغرم نصف الثلث
وذلك سدس القيمه كما ذكرنا قوله وتحمل العاقله الى اخره اشاره الى ان العاقله
تحمل من موجب هذه الجنايه ما وجب على الاجنبى من ثلث القيمه ونقصان السوط
الخامس الى وقت الموت وما وجب على المامور من سدس القيمه ونقصان السوط
الثالث الى وقت الموت لان كل واحد منهما جان على مولى غيره ومكاتب غيره
واما ما وجب على الامر من ثلث القيمه ونقصان السوط الرابع الى الموت فيكون فى ماله
لا تحمل عاقلته منه شيء لانه وان عتق نصيبه بالسوط الثانى الا انه لم يظهر بعتق
نصيبه اثر فى حكم من احكام الحريه فصار كان الكل مكاتب له وموجب جنايه
المرء على مكاتب نفسه فى ماله الا ترى ان رجلين لو اشتركا فى قتل مكاتب احدهما
كان ما يجب على مولاه من نصف القيمه فى ماله وما يجب على الاجنبى على عاقلته
قوله صارفا منصوب على انه حال من العبد فى قوله وللعبد ما نقص السوط الرابع
والخامس وثلثا القيمه وسدسها حال كونه صارفا من ذلك الى الامر قدر ما غرمه
للشريك من نصف القيمه مضروبا بسوطين عند ابى حنيفه الا ترى انه لو لم يمت
تظفر الامر بماله حال حياته كان له ان ياخذه فكذا اذا ظفر بتركته بعد وفاته
ثم ما فضل من ذلك يصرف الى اقرب عصبات الامر اذا لم يكن للعبد ورثه ولا يصرف
الى الامر لحرمانه عن الارث بقتله العبد بطريق المباشره بخلاف ما اذا امر بضرب
العبد فضربه المامور ولم يضربه الامر حيث يكون ما يفضل من موجب جنايته
للامر لان الحال فيه بالعكس من الاول اذ هو الامر مسبب لقتل العبد لا مباشر له
والحرمان جزا القتل مباشره لا تسبيبا فافترقا هذا كله قياس قول ابى حنيفه
واما قياس قولهما فاذا اعتق نصفه بالسوط الثانى عتق كله لعدم تجزى الاعتاق
فكان ما بعده جنايات على الحر فكان موجبها لوارثه الامر لانه لما ضمن للشريك
عتق الكل من جهته وقد حرم هو بالقتل مباشره فيكون لعصبته لكن بعد رفع قدر
ما غرمه للشريك هذا اذا كان موسرا واما اذا كان معسرا واستسعى العبد كان
جميع ما تركه لوارثه ان كان والا فلاقرب عصبات الامر والمامور لان الولا لهما

وقد باشر القتل بغير حق فكانا كالميتين فيكون الارث لعصبتهما صح وان شج
احدهما مكاتبه المشجوج فشجه اخرى فكاتبه الاخر عالما فشجه اخرى فمات
غرم المكاتب الثاني الادنى من نصف قيمته وربع الديه وسعى العبد في الادنى من قيمته
ونصف الديه لان قسط المقتول اتلف النصف بشجتين حكما اذ هدرت الاولى بالملك
ولم تختلف حكم الاخريين في لزوم المكاتب وقسط الاخر اتلف النصف بشجتين حكما
اذ الاوليان عليه في ممنع الدفع والاخرى على المكاتب وان كان المشجوج اجنبيا
سعى العبد في الادنى من قيمته ونصف الديه وغرم المكاتب الاول ربع الديه والاخر
الادنى منه ومن نصف القيمه اذ الاول مختار ولا هدر في شي وان لم تعلما بالجنايه
فالاول كالثاني والحرف ما مر فلو عجز عن المكاتبه الاولى قبل الحكم بشي فعلى الاول
ادنى نصفي الديه والقيمه اذ العجز حوّل الغرم الى المولى صمن الفسخ ولم يصر مختارا
لبقا الثانيه وعلى الثاني الادنى من ربع الديه ونصف القيمه وعلى المكاتب مثله
وان علما غرم الاول بعد العجز ربع الديه والادنى منه ومن نصف القيمه والباقي
كما مر صح عبد لرجلين شج احدهما مكاتبه المشجوج على الف درهم ثم شجه اخرى
فكاتبه الشريك الاخر عالما بالجنايه ثم عاد وشجه اخرى فمات المشجوج من ذلك كله
غرم المكاتب الثاني وهو الشريك الاقل من نصف قيمه العبد ومن ربع الديه
وسعى العبد في الاقل من قيمته ومن نصف الديه وهذا لان العبد قتل احد مولييه
فكان كل نصف منه قاتلا لنصفه ولاحد النصفين يخالف الاخر لان جنايه نصيب المقتول
هدر لملكه وجنايه نصيب الاخر معتبره فوجب اعتبار كل نصف على حده واذا كان
كذلك فنقول قسط المقتول اتلف نصف النفس بشجتين حكما وان كانت ثلثا حقيقه
لان الجنايتين الاخريين في حكم جنايه واحده لاتحاد موجبهما وهو لزومه على المكاتب
وهي مخالفه للجنايه الاولى لان الاولى هدرت لوجودها في ملك المقتول فكان
قسط المقتول متلفا لنصف النفس بجنايتين حكما كل واحده ربع النفس لكن احديهما
قبل الكتابه وقد هدرت كما ذكرنا والاخرى بعد الكتابه وقد اعتبرت وموجبها ضمان العبد
الاقل من نصف قيمته ومن ربع الديه لورثه المقتول واما قسط الشريك فقد اتلف
نصف النفس بجنايتين حكما وان كانت ثلثا حقيقه لاتحاد الجنايتين الاوليين من حيث
ان موجبهما وهو الاقل من نصف القيمه ومن ربع الديه يلزم الشريك الحي لانه بالكتابه
بعدهما لم يصر مختارا للفدا وان كان عالما بالجنايه لان امتناع دفع العبد بالجنايه حصل

نعني والمساله بحالها في عدد الجنايات والكتابتين مع العلم بالجنايه

الحي صح

بكتابه المقتول قبل ذلك والعبد متى كان ممتنع الدفع بالجنايه كان موجب جنايته واجبا
على المولى كالمدبر ولزمه الاقل لانه صار حابسا له بغير اختياره كالمدبر واما الجنايه
الاخرى وهي الثالثه فموجبها الاقل من نصف القيمه ومن ربع الديه على العبد فلهذا
كان جمله ما يلزم المكاتب الثاني وهو الشريك الحي الاقل من نصف القيمه ومن ربع الديه
وما يلزم العبد الاقل من جميع قيمته ومن نصف الديه كما ذكر المصنف نصف ذلك بسبب
قسط المقتول ونصف بسبب قسط الشريك الحي وهدر ربع النفس هذا كله اذا كان
المشجوج احد الموليين واما اذا كان المشجوج اجنبيا وبقيه المسيله بحالها فيسعى العبد
في الاقل من قيمته ومن نصف الديه لان كل نصف منه قد اتلف نصف النفس بجنايتين
حكما موجب احديهما عليه وهو الاقل من نصف القيمه ومن ربع الديه واما المولى
الذي كاتب اولا فيغرم ربع الديه لانه صار مختارا للفدا بكتابته عالما بالجنايه واما الشريك
الاخر فيغرم الاقل من نصف قيمته ومن ربع الديه لانه لم يصر مختارا للفدا وان كان
عالما بالجنايه لما ذكرنا من ان امتناع الدفع بالجنايه حصل بكتابه الاول دون كتابته
هذا كله اذا كانا عالمين بالجنايه واما اذا لم يعلما بالجنايه فحكم المولى الذي كاتب اولا
كحكم الثاني في وجوب الاقل من نصف القيمه ومن ربع الديه والحرف ما مر من
ان العبد صار ممتنع الدفع في حق كل واحد منهما بكتابه صاحبه فصار حابسا له
بغير اختياره كالمدبر فيلزمه الاقل كما ذكرنا هذا كله اذا لم يعجز المكاتب واما اذا عجز
عن الكتابه الاولى قبل ان يحكم القاضي عليه بشي فيغرم المولى الذي كاتبه اولا الاقل
من نصف الديه ومن نصف القيمه لان الكتابه انفسخت بعجزه فيحول ما لزم العبد
من موجب الجنايه من ذمته الى ذمه المولى لعوده رقيقا وهذا لان الكتابه لما انفسخت
وصارت كان لم تكن ظهر ان النفس تلفت بثلث جنايات في حكم واحد وهو التعلق
برقبه العبد لعوده رقيقا ولم يصر المولى مختارا للفدا لبقا الكتابه الثانيه المانعه
من الدفع وهي من فعل غيره الا يرى ان العبد لو كان كله له كان عليه الاقل
من قيمته ومن الديه فاذا كان له نصفه كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن نصف الديه
واما المولى الاخر فحكمه لا يتغير لان نصيبه مكاتب على حاله فيغرم الاقل من نصف القيمه
ومن ربع الديه ويغرم المكاتب مثله لما قلنا في المسيله الاولى هذا كله حكم العجز عن الكتابه
الاولى اذا كانا جاهلين بالجنايه واما اذا كانا عالمين بالجنايه فحكم العجز عن الكتابه
الاولى ان يغرم الذي كاتب اولا ربع الديه لانه صار مختارا للفدا في الاولى حيث كاتبه

والحرف اي الاصل ما مر في الكتابه عالما

نعني بما اذا كانت بلا علم

عالما بالجنايه هذا ما يلزمه بالجنايه التي قبل الكتابه واما الجنايه الموجوده بعد الكتابه
فيغرم بها الاقل من ربع الديه ونصف قيمته لان ذلك القدر كان واجبا في ذمه العبد
بسبب الجنايه الموجوده بعد الكتابه وقد تحول من ذمته الى ذمه المولى عند
فسخ الكتابه بالعجز **قوله** والباقي كما مر اشاره الى حكم ضمان الشريك الاخر
وضمان العبد اما الشريك فيغرم الاقل من نصف قيمته ومن ربع الديه لانه لم يصر
مختارا وان كان عالما بالجنايه حال كتابته لامتناع الدفع بكتابه المكاتب الاول
واما العبد فيغرم الاقل من نصف قيمته ومن ربع الديه لما مر في المسله الاولى
قال في الكتاب وهذا كله قياس قول ابي حنيفه بنا على ان الكتابه تتجزى عنده

ص وان قتل مكاتب حرا خطا فقضى عليه بالقيمه فقتل اخر فلم يقض بها حتى مات
عن كسب لا يفي بالكتابه يوفى منه المقضي به دون الاخر ترجيحا بالقوه اذ سرى
المقضي الى الولد غير ساقط بالموت عاجزا كالدين عكس غيره وان قتل خطا
والقيمه لا تفي ايضا يبدا بحق المقضي له من الكسب واستكمل منها لانه ابقى على
غير المقضي له من العكس اذ حقه لا يتعلق بالكسب بحال بل بالرقبه والطرف
وبدلهما بشرط الفراغ عن المقضي اذ المقضي كالدين تعلق بهما من الوجه الذي
تخلفها القيمه وهو الماليه لا الادميه عكس الجنايه **ش** اعلم ان هذه المسايل هي
مسايل الباب الرابع من الجنايات التي نقلها المصنف الى هذا الباب كما اشرنا اليه
في اول الباب اذا عرفت هذا فنقول اذا قتل المكاتب رجلا حرا خطا فقضى القاضي
عليه بالقيمه ثم قتل المكاتب رجلا اخر فلم يقض عليه بالجنايه الثانيه حتى مات عن كسب
لا يفي بالمكاتبه بان كانت المكاتبه الفا والكسب مائه فانه يوفى منه موجب الجنايه
المقضي بها دون موجب الجنايه التي لم يقض بها ترجيحا للمقضي به على غيره بالقوه
اذ المقضي به صار دينا والدين اقوى من موجب الجنايه لوجوبه حال الرق
والحريه وعدم وجوب موجب الجنايه حال الرق ولهذا سرى دين الجنايه
المقضي بها على المكاتبه الى ولدها لان الدين المتاكد في الام يصير وصفا لها فيسرى
الى الولد كدين الماذونه وكذا لا يسقط دين الجنايه المقضي به بموت المكاتب
عاجزا كساير الديون عكس حكم غير المقضي به من الجنايه فانه لا يسرى الى الولد
ويسقط بالموت عاجزا اذ بالعجز تنفسخ الكتابه من الاصل فيظهر ان الجنايه كانت
في حاله الرق فيكون موجبها على المولى وانما يبدا القاضي بالاقوى بعد موت المكاتب

لان بدين

لان بدين المروك من كسبه اليه بخلاف ما اذا كان المكاتب حيا حيث كان له ان يبدا
باي الديون شا لان تعيين كسبه اليه دون القاضي **قوله** وان قتل خطا الى اخره اشاره
الى ان المكاتب الجاني لو قتله رجل بعد القضا عليه موجب الجنايه الاولى وقد ترك
كسبا وكل واحد من الكسب والقيمه التي لزمت قاتله لا تفي بموجب الجنايه المقضي بها
فانه يبدا بحق ولي الجنايه المقضي له من الكسب اولا فياخذه ويستكمل بقيه حقه
من القيمه ثم ان فضل شي من القيمه كان لولي الجنايه التي لم يقض بها لان البداه بحق
المقضي له انفى نفعا على غير المقضي له من العكس وهو البداه بين القيمه اولا لما فيه
من امكان قضا دين غير المقضي له جميعا بيانه ان حق ولي الجنايه التي لم يقض بها
لا يتعلق بالكسب بحال بل يتعلق برقبه المكاتب وطرفه وبدلهما بشرط فراغهما
عن الحق المقضي به فلو بدا بقضا حق المقضي له من قيمه الرقبه وبقي شي من الكسب
لم يمكن قضا دين غير المقضي له منه لعدم تعلق حقه بالكسب بخلاف ما اذا بدا بالكسب
في الدفع الى المقضي له وبقي شي من القيمه حيث يمكن قضا دين غير المقضي له منه
لتعلق حقه به فكان اولى مراعاه للجانبين **قوله** اذ المقضي كالدين الى اخره اشاره
الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يبدا بحق ولي الجنايه التي
لم يقض بها قبل المقضي له او يستويا لان الجنايه متعلقه بالرقبه والقيمه بدل الرقبه
وتقرير الجواب ان يقال موجب الجنايه المقضي به بمنزله الدين من حيث انه تعلق
بالرقبه من الوجه الذي تخلف القيمه الرقبه بسببه وهو كونها مالا من الوجه الذي
لا تخلفها القيمه بسببه وهو كونها رقبه ادمي جنى على غيره بخلاف الجنايه فان الامر
فيها بالعكس حيث تعلقت بالرقبه من الوجه الذي لا تخلفها القيمه بسببه وهو الادميه
دون الماليه فكانت البدليه في حق الجنايه المقضي بها اظهر فصارت البداه بها
اولى **ص** وان اقر على ولده بجنايه او دين لم يلزمه الا بالتصديق عن عقل
لانه ملك المولى حتى يكاتب عليه وله التكفير به والابرا عنه والوطي بعد عجز
بعتق جنسه ضد غيره ويانفذ الوالد كسبه تحقيقا للتبعيه قاضيا منه الدين دون
الارش وفاء بالزعم كما في المعاش فان لم ياخذه حتى مات الولد ضرب فيه المقر لهما
عنه بها ان سبق الاقرار بالجنايه وقدم الدين ان سبق الاقرار به كما في الثابت بالبينه
لان الجنايه صارت مالا اذ الموت عتق يودي كالموت عجزا يودي حتى لو اقر الولد
على الوالد قبل ما بعد موته على الارث لكن بعوضها والدين مال بنفسه فاعتبر السبق

مرجحا وصار كما في العتق والمحاباة الا يرى انه لو اقر بعد موته تقدم الا سبب
لانه عكس الاقرار على نفسه بلا في الكسب لا الذمه حدار الزام الغير فيقدر النفاد
بالفراغ كما في اقرار المولى والوارث على الماذون والميت الا يرى انه لو لم يمت
وادا لغت الجنايه لا الدين لانها صارت مالا والولد حر لا رقيق عكس ما لو مات
للاستناد الى اخر الحياه ضمن الياس عن الدفع ودين الحر ضد دين العبد لا يتعلق
بكسبه الا يرى ان ما لحق الماذون بعد العتق لا يوفى من كسب قبله والحرف
الجامع ما عرف ان جنايه المكاتب لا تصير مالا الا بالحكم او العتق او الموت
عن وفا لقيام عرضه الدفع قبله س مكاتبه اقرت على ولدها بجنايه او دين
لم يلزمه حكم اقرارها الا ان تصدقها وهو ممن يعقل ذلك لانه ملك المولى ولهذا
كاتبه عليه وجاز للمولى ان يعتقه عن كفاره يمينه وان يبرى بايعه عن عيبه ولو كانت
جاريه جاز له ان يطاها بعد عجز امها عقيب حيضه حاضتها البنت بعد الشرا
وهذا بخلاف غير الولد من اكسابها حتى انها لو اكتسبت عبدا واقرت عليه بجنايه
او دين صح اقرارها والفرق ان الولد تبع لها وهي مملوكه للمولى رقبه فكذا ولدها
تحقيقا للتبعيه فكان اقرارها ملاقيا حق المولى من وجه فوقع الشك في صحة اقرارها
فلا يصح بخلاف اقرارها على غير الولد لانه يلاقي حق نفسها فكان اقرارا على نفسها
فيصح ولهذا لا ينكاتب المكسوب على المولى ولا يجوز اعتاقه عن كفاره يمينه
ولا ابرا بايعه عن عيبه ولا وطيه لو كان امة قوله وتاخذ الوالد كسبه الى اخره
اشاره الى ان الولد لو اكتسب اكسابا كان لامه ان تاخذ اكسابه تحقيقا لتبعيته
اياها واذا اخذت الكسب كان عليها ان تقضي منه ما اقرت به عليه من الدين
دون ما اقرت به عليه من ارش الجنايه لانها زعمت ان المقر له بالدين احق
بما في يدها من كسب الولد وهو بمنزلة كسبها ولم تزعم ان الجنايه تقضى بها
لتصير دينا ولجب القضا لما عرف من ان جنايه المكاتب انما تصير دينا باحد الاشيا
الثلثه القضا او العتق او الموت عن وفا كما تقدم في اوايل الباب وكما سياتي في اخر
الباب ليقع الياس عن دفعه بالجنايه فلهذا كان عليها قضا الدين دون الارش
وفا بزعمها الا يرى ان الامر لو كان معاينا ظاهرا واخذت الام شيا من كسبه
كان عليها قضا الدين دون الارش كذا هذا فان لم تاخذ الام الكسب حتى مات
الولد فلا يخلو اما ان يسبق اقرارها بالجنايه او بالدين فان سبق الاقرار بالجنايه

ضرب

ضرب في الكسب كل واحد من المقر لهما بحقه وان سبق الاقرار بالدين قدم صاحب
الدين على ولي الجنايه كما لو ثبت كل واحد منهما بالبينه سابقا او لاحقا وهذا لان الجنايه
المقر بها عليه صارت مالا بموته لان موت المكاتب عمن يودي بدل الكتابه عنه كالموت
عما يودي به بدل الكتابه من الكسب لان من يودي اذا بقي ادى بدل الكتابه
وعتق هو والميت مستند الى اخر حياته ولهذا لو اقر الولد على امه بدين وجنايه
ثم ماتت وتركت مالا يفضل عن بدل الكتابه قدم الدين والارش المقر بهما على
الارث لزعم المقر وهو الولد ان على الام دينا والدين مقدم على الارث فان قيل
وجب ان يبدا بالدين وان سبق اقرارها على الولد بالجنايه الا يرى ان المكاتب
اذا مات عن كسب يفضل عن بدل الكتابه وعليه دين وجنايه يبدا بالدين ولا يتحاصان
فكذا هنا وجب ان لا يتحاصا ويقدم الدين قلنا هناك انما لم تقع المحاصه اذا لم يف
التركه بالدين والجنايه فلو قلنا بالمحاصه لبقي شي من الدين والدين مقدم على دين
الكتابه فيتبين عند ذلك انه مات لا عن وفا فيظهر ان الجنايه لم تنقلب مالا عند موته
فاذا ادت المحاصه الى هذا قدمنا الدين لهذا وههنا لا يودي الى هذا لان الام باقيه
تودي بدل الكتابه فان قيل الجنايه تتعلق بالكسب عند الموت والدين يتعلق
حال وجود الكسب فكان الدين اسبق تعلقا فوجب تقديمه قلنا الجنايه وان تعلقت
عند الموت بكسبه لكن لا يقتصر تعلقها على الحال بل يستند الى وقت الاقرار لانه
ينقلب اقرارا على المقر من وقت الاقرار فاستويا فان قيل المستند ثابت
من وجه دون وجه والدين ثابت من كل وجه فكان اقوى واولى قلنا نعم لكن
الجنايه تقوى بالسبق في الاقرار والدين يقوى بالسبق في الثبوت فلكل واحد
من القوه ما ليس للاخر فاعتدلا وتساويا فتحاصا فان اقرت بهما معا قوله
لكن بغيرها الى اخره استدراك من قوله لان الجنايه صارت مالا وفيه اشاره
الى عله مساواه الارش للدين وتاخره عنه وبيانه ان نقول ارش الجنايه
وان صار مالا بموت الولد لكن لا بنفسه بل بغيره وهو الموت والدين مال بنفسه
لا بغيره فاذا سبق الاقرار بالدين كان السبق مرجحا له على الاقرار بالجنايه فيقدم
وان سبق الاقرار بالجنايه كان السبق جابرا لما في الاقرار من النقص الناشي
عن كون ثبوت الماليه فيه بالغير فاستوى الاقراران لان لكل واحد منهما نوع قوه
وصار كما قلنا في الوصايا في مسيله عتق المريض ومحاباته عند ابي حنيفه

من حيث ان المحاباه لكونها معاوضه ماليه اقوى من العتق فاذا باع المريض شيا
من ماله بمحاباه ثم اعتق عبده كانت المحاباه مقدمه لكونها سابقه في الوجود
وان اعتق ثم حابا كانا سوا لانجبار ما في العتق من النقص بسبقه على المحاباه
كذا هذا قوله الا يرى انه لو اقر بعد موته الى اخره استشهاد على صيروره
الجنايه مالا بموت الجاني والضمير المنصوب المتصل في قوله انه عايد على الوالد
وبيانه ان الوالده اذا اقرت على الولد بعد موته بدين وجنايه قدم الاسبق منهما
على غيره وان كان السابق اقرارا بالجنايه لان الولد مات عن وفا باعتبار وجود
من يودى عنه وهي الام فصارت الجنايه دينا عليه وصار كان الام اقرت عليه
بدين ثم بدين وهذا لان اقرارها يلاقي عتقها وهو كسب الولد لازمته اذ لا يجود
الزام ذمه الغير بموجب اقراره واذا كان اقرار الام يلاقي كسب الولد فينفذ
نفاذ اقرارها بفراغ الكسب عما يتعلق به من الديون وقد تعلق به دين الاقرار
الاول فلا يظهر حكم الاقرار الثاني مع وجوده فلهذا قدم الاول بخلاف اقرار
الولد على نفسه بدين ثم بدين لان اقراره يلاقي ذمة نفسه لا الكسب لان صحه
اقراره باعتبار ذمته كاقرار المريض لا باعتبار الكسب بل يجوز اقراره على نفسه
ثم يتعلق الى الكسب فاذا صح الاقراران باعتبار الذمه لزمه الحقان جميعا على السوا
فنظير اقرار الام اقرار المولى على عبده الماذون واقرار الوارث على الميت
بدين ثم بدين فانه يقدم الاسبق من الدينين لان صحه اقراره باعتبار الكسب
لا الذمه ونظير اقرار الولد اقرار الماذون او الوارث على نفسه بدين ثم بدين
فانهما يستويان لان صحه الاقرار باعتبار الذمه لا الكسب قوله الا يرى انه
لو لم يمت الى اخره استشهاد اخر على صيروره الجنايه مالا بالعتق وبيانه
ان الولد لو لم يمت حتى اكتسب مالا وقد اقرت الام عليه بجنايه ثم بدين
فادت بدل الكتابه وعتقت بطلت الجنايه دون الدين لان الجنايه صارت مالا
بعد العتق لكون الولد حرا عند صيرورتها مالا لا رقيقا وهذا بخلاف ما لو مات
الولد وترك كسبا والمسيله بحالها حيث لا تبطل الجنايه بل يكون الكسب المتروك
بين الجنايه والدين لان صيروره الجنايه مالا يستند الى اخر جزء من اجزاء حياته
لان ذلك الوقت تحقق الياس عن الدفع بالجنايه واذا كان كذلك فنقول
في الصوره الاولى دين الجنايه صار مالا حال حريه الولد ودين الحر لا يتعلق

مكسب

بكسب الرق لان كسب الرق مال المولى ودين الحر لا يتعلق بمال غيره وفي الصوره
الثانيه دين الجنايه صار مالا حال رق الولد فيجوز ان يتعلق بكسب الرق
لان ذلك دين على المولى من وجه لتعلقه بما هو مال المولى فجاز ان يقضى بمال
المولى من وجه الا يرى ان ما لحق العبد الماذون من الدين بعد عتقه لا يوفى
من كسب اكتسبه قبل العتق لما قلنا من ان دين الحر لا يتعلق بكسب الرق
بخلاف ما لحقه من الدين قبل العتق حيث يجوز ان يوفى من كسب الرق
كما قلنا قوله والحرف اي الاصل الجامع لهذه الفروع ما عرف من اصل
اصحابنا ان جنايه المكاتب لا تصير مالا الا باحد امور ثلثه بحكم القاضي بموجبها
او بعتقه او موته عن وفا زاد في الهاشمي او بالصلح عن رضى اذ بكل واحد
منها يقع الياس عن دفع العبد بالجنايه اما قبل هذه الامور فعرضيه دفعه بالجنايه
قايمه فلا يمكن القول بصيروره جنايته مالا باب الجنايه على الطرف
اعلم ان هذا الباب يشتمل ايضا على مسايل الباب الثالث من ابواب الجنايات
في ترتيب الجامع نقلها المصنف اليه للمناسبه كما ضم بعض مسايل هذا الباب
الى مسايل الباب الاخر من الرهن وجعلها في باب رابع من جنايات كتابه كما نبهنا
عليه هناك ص قطع ذا عمدا يمين ذاك من الزند ثم ذاك من يمين ذا اصبعا
ثم ذا يمين اخر ثم ذاك من يمين ذا اصبعا ثم ارتفعوا الى القاضي تقضي لهما
بقطع باقيها مثلا حق الاول بنصف ديه اليد وحق الثاني ثلثه اثمانها
لان القطع يوفى كل واحد اصبعين ونصفا وكل اصبع خمس حق الاول
ربع حق الثاني لان الاول استحق يدا كامله والثاني مابين اصبع اذ اثر النقص
في ملكه نقص زالت باستيفا الاصبع للرضا بالنقص كما في المشترى لا في نفي
ما قبل القصاص الا يرى انه لو قلعت السن السودا او فقيت العين البيضا
او قطعت اليد الشلا طلما قبل تاكد المال بنقضا او رضا الجاني بطل حق المجني عليه
الاول اصلا كما في الصحيحه ولو انجلت او برات وجب القصاص لا المال كما تعين
يمين السارق بيمينها او برء شلها قبل الدرا اذ الحادث صفه كابلال المريض
لا ذات على اثبات عدم التثنيه لان السبب اوجب المال عينا لتعينه محلا وبحالته
قبله قصاصا كما منع القطع ببلوغ غير النصاب نصابا لكن يزيل شين المقلوع ودونه
لا قصاص وما فات على احدهما بزحام الاخر مضمون على الجاني اذ قضايه حقا عليه



كالو تعلعت بى قصاص او حد ضد مالو قطعت ظلما او باكله ولان تعذر القصاص
لمعنى من الجانى صد بعدره لمعنى من الولى تقلبه مالا بدليل ان المعى بالخطا نعطى
المال لمدعى العمد بلا عكس مس لو ان زيدا قطع عمدا يمين عمرو من الزند ثم ان عمرا
قطع من يمين زيد اصبعا ثم قطع زيد يمين رجل اخر ثم قطع ذاك الرجل من يمين
زيد اصبعا اخرى ثم انهم ترافعوا الى القاضى فطلب الا قطعان وهما عمرو والاجنبى
قطع يد القاطع وهو زيد قضى لهما بقطع الباقى من يده وهو الكف وما عليه
من الاصابع الثلث ثم يكمل حق كل واحد منهما من الديه فحق الا قطع الاول
وهو عمرو فى نصف الديه وحق الثانى وهو الاجنبى فى ثلثه اثمان ديه اليد
وهذا لان قطعهما يد القاطع بعد قطع كل واحد منهما اصبعا منها يوفى من حق
كل واحد منهما اصبعين ونصفا اصبعا بقطعه حالة الانفراد واصبعا ونصفا
بقطعه حالة الاشتراك كما علمها ثلث اصابع وكل اصبع من الاصبعين والنصف
خمس حق الاول وهو عمرو وربع حق الثانى وهو الاجنبى لان الاول استحق يدا كامله
بقطع يده حال كمال يد القاطع والثانى استحق يدا فائته الاصبع لقطع يده حال
نقص يد القاطع من الاصبع التى قطعها الاول قوله اذا اثر النقص فى تمكنه تضمين
دالت ناسبيا الاصبع الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
وجب ان لا يكون للثانى ان ينتقص من الجانى لان قطع يده الكامله لم يقع موجبا
للقصاص لنقصان يد الجانى بالاصبع التى قطعها الاول وهذا لان القصاص شرطه
المساواه ولا مساواه بين الكف الناقصه والكامله الا ترى ان يد المجنى عليه لو كانت
ناقصه الاصبع ويد الجانى كامله لا يجب القصاص فكذا ههنا وتقرير الجواب ان يقال
انما امتنع القصاص هناك لان اثر النقص فى نفى اصاله القصاص فيهما لان استيفا
الكامل بالناقص ظلم لما فيه من تفويت زياده على الجانى لم يفوت مثلها والاصل
حرمه الزياده حفظا لحق صاحبها واظهارا للعصمه اما هنا فاثر النقص ليس فى نفى
اصاله القصاص لان استيفا الناقص بالكامل جايز اذا رضى به صاحب الحق كمن له
على اخر كر حنطه جيده فظفر من ماله بكر حنطه رديه كان له اخذه ان شا
كذلك هنا وانما اثر النقص هنا فى ثبوت الخيار للمجنى عليه بين تضمين الجانى ديه
يده كامله لكونه كمال حقه من حيث المعنى وبين ان يقتص مع النقصان ولا شى له
سوى ذلك لكونه اصل حقه من حيث الصوره الا ترى ان الانسان قد يرضى بالقصاص

مع النقصان تشفيا للغيظه ودركا للثاره ولا يرضى بالارش كاملا وقد يكون الامر بالعكس
واذا كان المجنى عليه مخيرا بين القصاص مع النقصان او اخذ الارش واقدم على قطع
اصبع الجانى علمنا انه اختار القصاص مع النقصان فبطل تمكنه من تضمين القاطع
الديه لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما او شيا منه سقط خياره وصار
كالمشترى اذا وجد بالعبد المشترى عيبا كان له حق الرد فلو قطع يده سقط خياره
لرضاه به كذلك ههنا وهذا بخلاف ما لو حدث النقصان بعد الجنايه حيث لا يتخير
المجنى عليه خلافا لبعض اصحابنا لان القصاص وجب عينا فتعين حقه فى المحل
وانتقص بنقصانه قوله الا ترى انه لو قلعت السن السودا الى اخره
استشهاد لما ذكر من ان اثر نقص طرف الجانى فى عكس المجنى عليه من تضمين
الديه لا فى نفى تاصل القصاص وبيانه فيما اذا قلع صاحب السن السودا نظيرها
من اسنان صحيحه او فقا صاحب العين البيضا عينا صحيحه او قطع صاحب اليد
الشلا يدا صحيحه حتى ثبت الخيار للمجنى عليه بين اخذ الديه وبين ان يقتص
مع النقصان ان امكن بان لم تنخسف العين ونحو ذلك ثم جا رجل وفقا محل
القصاص ظلما قبل ان يتاكد وجوب المال للمجنى عليه بقضا القاضى او رضا الجانى
فانه بطل حق المجنى عليه الاول وهو صاحب الطرف الصحيح اصلا كما لو كان
طرف الجانى صحيحا وقت الجنايه ففوته رجل ظلما ولو لم يفت طرفه لكن انجلى
بياض العين او سواد السن او شلل اليد فانه يتعين القصاص دون المال
لانه ظهر ان اليد كانت صحيحه الا انه كان بها وجع وان بياض العين كان غطا
وسواد السن كان وسخا وذلك موجب لتعين القصاص كما يتعين يمين السارق
للقطع اذا كانت شلا عند السرقه فبرات قبل القطع او كانت صحيحه عند السرقه
وشماله شلا وهو المراد بالشين فى قول المصنف او برء شينها حتى امتنع القطع لكونه
اتلافا لجنس المنفعه بنا على اصل اصحابنا فبرا اشلل شماله فان قيل وجب ان لا يقطع
لان السرقه فى الابتدا وقعت غير موجبه للقطع بدليل انه لو لم يبرا الشمال
لا تقطع يمينه والسرقه اذا وقعت غير موجبه للقطع وقعت موجبه للضمان
فلا تنقلب موجبه للقطع مسقطه للضمان عنه بعد ذلك كما ذكرنا فيمن قلع ثنيه رجل
ولا ثنيه للقالع فنبتت للقالع ثنيه قبل الحكم عليه بالارش قلنا السرقه وقعت
موجبه للقطع بالنص ومحل القطع قائم وهو اليمين الا انه تاخر اقامه القطع لمانع

فاذا برات الشمال فقد زال المانع والموخر
كما لا تصير ابدا فاحكما من وجه
فوجبت الاقامه كما لو تاخرت اقامه الحد لشده الحر او البرد ثم زال الحر والبرد
وتقسد المصنف رحمه الله قلع السن السودا واحمها بكونه ظلما اشاره الى ان ذلك
اذا كان بحق لا يبطل حق المجنى عليه الاول بل ينقلب مالا لكون الجانى وفى بطرفه
حقا مستحقا عليه فكان كالقايم حكما وفى نسخه تاكد المال بكونه بقضا القاضى او برضا
الجانى اشاره الى ان لختار المجنى عليه الديه بدون احد الامرين لا يكون معتبرا
لان نقل حقه الى الديه ضرب تصرف على الجانى وليس له ولايه الالزام عليه
الا برضاه او بحكم القاضى وبعده بالاول فى قوله بطل حق المجنى عليه الاول
اشاره الى ان المجنى عليه الثانى وهو صاحب الطرف الناقص الذى جنى على الصحيح
ثم جنى عليه رجل اخر ظلما له ان يضمن ذلك الرجل الجانى عليه موجب الجنايه لان
طرف من عليه القصاص فيه معصوم فى حق سائر الناس دون المجنى عليه ولا حق
لمن له القصاص فيما يوجد من ارش محل حقه لان القصاص ملك ضرورى يظهر
فى حق الاستيفا وما كان فى معناه لا غير كما فى اليد الصحيحه مع الشلا دون غيره
وسياتى بيانه باوضح من هذا فى هذا الباب ان شا الله تعالى وبعده بره الشق
وهو الشمال بكونه قبل الدرا اشاره الى ان السارق لو دفع الى القاضى وشماله
شلا فوقع عنده انه لا يبرا من الشلل فدرا عنه القطع وضمنه السرقه ثم برات شماله
لا يقطع عنه لان الدرا قد صح والحدود يحتال لدريها ولانه لما ضمنه فقد ملك السرقه
منه من حين الاخذ فتبين انه سرق ملك نفسه وذلك لا يوجب القطع قوله
اد الحادث صفه الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال
بزوال نقصان طرف الجانى حدث فى محل القصاص زياده لم تكن ثابته يوم الجنايه
فوجب ان لا يثبت للمجنى عليه فيه حق بل يتعين المال كعدم التثنيه اذا قلع
ثنيه غيره ثم نبت للقالع ثنيه بعد ذلك وتقرير الجواب ان يقال الحادث بزوال
النقصان وصف للطرف لا ذات اخرى غير ذلك الطرف فصار كابلال المريض
من مرضه يقال بل المريض وابل اذا برا ووصف المحل تبع له فكان اثره فى اسقاط
الخيار لا فى المنع من استيفا حقه وهذا عكس الحادث فى مسله التثنيه لان الحادث
ذات اخرى غير المقلوعه لا وصف لها والسبب وهو جنايه الجانى قد اوجب عليه
المال عينا لتعينه محلا لحق المجنى عليه عند عدم ثنيه الجانى والجنايه اذا انعقدت

موجبه للديه لا يجب القصاص بحال اذ من المحال انقلاب الديه قصاصا بخلاف القصاص
فانه يجوز ان ينقلب مالا عند قيام دليله فصار امتناع القصاص فى مسله عدم
التثنيه كامتناع قطع السارق فيما اذا سرق سيفا لا يساوى نصاب السرقه وهو
العشره ثم زادت قيمته حتى بلغ النصاب لان سبب القطع لم يتحقق فى حقه وهو
سرقه نصاب كامل كما لم يتحقق سبب القصاص فى حق المجنى عليه لعدم ثنيه الجانى
لكن بزيل شين المقلوع اشاره الى ان اثبات السنه وان لم يقلب المال قصاصا
الا انه يزيل شين السن المقلوعه حتى لو قلع ثنيه رجل حتى وجب القصاص للمجنى
عليه فلم يقتص حتى نبت له ثنيه اخرى لا يجب القصاص لان الانبات يزيل شين
المقلوع وبه يتبين ان منبت السن لم يفسد فظهر ان القصاص لم يكن واجبا اذ لا قصاص
دون ثبوت سنه وهو شين المجنى عليه بفوات جماله وما فات الى اخره
اى وما فات على كل واحد من الاقطعين يزاحم صاحبه له فى قطع يد الجانى
وهو نصف الديه فى حق الاول وبتمامها فى حق الثانى مضمون على الجانى
اذ قضى به حقا عليه الى اخره اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره
ان يقال وجب ان يسقط عن الجانى من حق الاول شى بقطع الثانى اصبع الجانى
كما لو قطعت ظلما او باكله اصابتها وتقرير الجواب من وجهين احدهما ان يقال
الثانى لما قطع اصبع الجانى صار الجانى موفيا به بعض حق مستحق عليه فصار
كالقايم لسلامته له من حيث المعنى حيث صرفه فى حاجه نفسه فيلزمه بدله رعايه
لحق المستحق وصار كما لو قطع فى قصاص او حد بخلاف ما لو قطع ظلما او باكله
لانه لم يصر موفيا بطرفه حقا مستحقا عليه فلم يسلم له من حيث المعنى وهذا
خلاف ما لو قتل رجلين فاقتص احدهما منه حيث يبطل حق الاخر ولا يجب
الديه وان كان القاتل قضى بنفسه حقا مستحقا عليه لان هناك لا يتم قصاص
احدهما الا بالموت وبعد الموت لا يمكن ايجاب الضمان ابتدا اما بعد القطع هو محل
لوجوب الارش فيجب الارش للثانى والوجه الثانى ان يقال القصاص تعذر
لمعنى من جهه الجانى لا لمعنى من جهه الولى والاصل ان تعذر القصاص اذا كان
لمعنى من جهه الجانى يقلبه مالا بخلاف ما اذا تعذر لمعنى من جهه الولى والدليل عليه
ان المقر بالخطا لمن يدعى عليه العمد يعطى المال للمدعى لان دعوى الجانى الخطا
معنى من جهته فينقلب القصاص مالا بخلاف العكس وهو ما اذا اقر الجانى بالعمد

لمدعى الخطا حيث لا يجب شى وهذا لان القياس يابى وجوب المال بمقابلة النفس
لفقد المماثلة بينهما وانما عرفنا وجوب الديه نصا فى فصل الخطا والخطا معنى من جهه
الجانى فما كان فى معناه كان ملحقا به وما لا فلا   وان قطع لاحدهما اصبعا
ثم لاجنبى اربعا ثم الاخر كفه فله خمس ديه اليد بازا اصبع استوفى الاول وللاول
باقيها بازا اربع عدا الاخر مستوفيا لها بقطع الكف لانه اصل فى الاستيفا ان كان تابعا
فى النفع الا ترى ان الاول لو عاد بعد الاجنبى وقطع الكف صار مستوفيا حقه
وان شارك الاخر فيه فله خمسا ديه اليد وللاخر باقيها اى عدا الكف باربع منهما
وانفرد الاول باصبع وان بدا الاجنبى وثنى احدهما وثلث الاجنبى وربع الاخر
بالكف ذى الاصبعين فله ربع ديه اليد وباقيها لصاحبه لان ما توسطه الاجنبى
عكس ما سبق كالباقى لا التاوى فى حقهما كيلا يتغير قدر المستوفى قبله وان شاركه
الاول فى الكف فله ثلثه اثمان ديه اليد وللاخر باقيها لان له الربع بازا ما انفرد
الاول والباقى منهما وارش ما قطع الاجنبى للجانى دونهما اى المنافى ملكى بعدى
المكنه عن القطع والصلح الى الغير حتى كان العقر وديه القاتل للزوجه والوارث
دون الزوج والولى   اى ولو ان لاحد الاقطعين قطع من يد الجانى اصبعا
ثم قطع الاجنبى ما بقى من اصابعه الاربع دون الكف ثم الاقطع الاخر قطع الكف
ثم اجتمعوا عند القاضى قضى على الجانى بديه يد واحده لما ذكرنا يكون لقاطع
الكف منها خمسها بازا الاصبع الذى استوفاه الاول لاستواء حقهما الا ترى ان الاول
لو قطع كل يد الجانى صار كل الديه للاخر فكذا اذا قطع البعض كان مثله من الديه
للاخر اعتبارا للبعض بالكل ويكون للاول باقى الديه بمقابله اربع اصابع صار
الاخر مستوفيا لها بقطع الكف لان الكف اصل فى الاستيفا والاصابع تبع لها وان كانت
تابعه للاصابع فى حق النفع واذا كان كذلك كانت الاصابع فى حق الاستيفا كالوصف
للكف فجعل الاقطع الثانى كانه استوفى اصل حقه بعد فوات وصفه بغير ان الجانى
قضى بالاصبع الذى قطعه الاول حقا عليه ولا يظهر فى حق الثانى هذا اذا انفرد
الاخر بقطع الكف واما اذا شاركه الاول فيه فيكون للاول خمسا ديه اليد وللاخر
باقيها وهو ثلثه اخماس لان الكف فات بقطعهما وعليه اربع اصابع حكما فصار كل واحد
منهما مستوفيا بقطع الكف اصبعين والاول قد انفرد باصبع قبل ذلك فقد استوفى
حالة الانفراد اصبعا وحالة الاشتراك اصبعين وذلك ثلثه اخماس حقه بقى من حقه
خسان

حسان فيقضى له بخمسى الديه واما الاخر فقد استوفى اصبعين حالة الاشتراك
خاصه وذلك خمسا حقه بقى من حقه ثلثه اخماس فيقضى له بثلثه اخماس الديه
هذا كله اذا بدا احد الاقطعين بالقطع قبل الاجنبى واما اذا بدا الاجنبى فقطع
اصبعا من يد الجانى ثم ثنى احد الاقطعين فقطع اصبع ثانيه ثم ثلث الاجنبى فقطع
اصبع ثالثه ثم ربع الاقطع الاخر بقطع الكف وعليها اصبعان فلقاطع الكف ربع ديه
اليد وباقيها وهو ثلثه ارباعها لصاحبه قاطع الاصبع وهذا لان الاجنبى قطع
اصبعين احدهما سابقه على قطع الاول والاخرى متوسطه بين قطع الاقطعين
وحكم الاصبع المقطوعه وسطا عكس حكم الاصبع المقطوعه سابقا لان الوسطى كالباقيه
فى حق الاقطعين والاولى كالتاويه لان الوسطى قطعت بعد ما صار احد الاقطعين
مستوفيا بعض حقه وبعد ما وجبت المحاسبه مع شريكه بالقدر المستوفى من
القصاص اذ لم يظهر بقطع الاجنبى بعد الاول انه لم يصر مستوفيا بعض حقه
ولو اعتبرنا الوسطى تاويه حقيقه وحكما لتغيرت القسمه التى وجبت المحاسبه
بها بين الشريكين بالقدر المستوفى قبل قطع الاجنبى وهذا بخلاف الاصبع الاولى
لان الاجنبى لما قطعها لم يكن لاحد الاقطعين مستوفيا شيا تجب المحاسبه بقدره
مع شريكه ليكون فى عدم اعتبارها باقيه حكما تغير قسمه وجبت المحاسبه بها
بين الشريكين فلا ضروره فى جعلها كالقائمه حكما فكانت تاويه حقيقه وحكما
الا ترى ان من مات وعليه الفان لكل رجل الف وترك الفا فقسمت بينهما ثم ان
احدهما ابرا عن خمسمائه فانه يسلم له ما قبض ولو ابرا قبل ان يقسم الالف
بينهما قسمت بينهما اثلاثا واذا كان كذلك صار كان حق الاقطعين فى الابتدا
وجب فى اربع اصابع وديه بينهما فاذا قطع احدهما اصبعا صار مستوفيا
ربع حقه وبقى حقه فى ثلثه ارباع واذا قطع الاخر الكف وفيها ثلث اصابع حكما صار
مستوفيا ثلثه ارباع حقه وبقى حقه فى ربع الديه وقيد المصنف كون ما قطعه
الاجنبى متوسطا كالباقى بكون ذلك فى حق الاقطعين اشاره الى جواب سوال
مقدر وتقريره ان يقال اذا جعل ما قطعه الاجنبى متوسطا كالباقى حكما
وجب ان لا يغرم موجبه للجانى لعدم الاتلاف عليه حكما وتقرير الجواب ان يقال
انما جعل ذلك كالباقى فى حق الاقطعين لضروره ما ثبت حكمه من القسمه
كما قررنا ولا ضروره فيما بين الاجنبى والجانى فوجب اعتبار الحقيقه فى حقهما هذا كله

اذا انفرد الاقطع الاخر بقطع الكف واما اذا شاركه الاقطع الاول في القطع
فللاول ثلثه اثمان ديه اليد وللاخر باقيها وهو خمسه اثمان لانه استحق ربع الديه
بازا الاصبع التي تفرد الاول بقطعها وباقي الديه وهو ثلثه ارباعها بينهما نصفان
للاول ثلثه اثمان وللاخر ثلثه اثمان مضاف الى ثمنين حصلا له بازا ما تفرد الاول
باستيفائه وهذا لان الاول بقطع الاصبع على وجه التفرد صار مستوفيا ثمنين من حقه
وبقطع الكف مع شريكه صار مستوفيا اصبعا ونصفا وذلك ثلثه اثمان حقه فبقي حقه
في ثلثه اثمان واما الاخر فلم يستوف الا ثلثه اثمان حقه بقطع الكف فبقي حقه
في خمسه اثمان كما ذكرنا وارش ما قطع الاجنبي للجاني دونهما الى اخره
اشاره الى جواب سوال مقدر وتقريره ان يقال وجب ان يكون ارش ما قطعه
الاجنبي وهو الاصبعان للشريكين دون الجاني لان حقهما كان متعلقا بالاصابع
كلها فوجب ان يتعلق ببدل ما قطع الاجنبي منها كما يتعلق حق المرتهن ببدل
المرهون وحق غرما العبد المديون ببدله وتقرير الجواب ان يقال المنافي للقصاص
وهو حرمه النفس يوجب الاقتصار على ما ورد به الشرع وهو الاستيفا وما كان
من توابعه كالصلح فكان المنافي في مسيلتنا مانعا من تعدي ملكه المجني عليهما
عن القطع المستحق والصلح الى غيرهما واخذ الارش غيرهما فلهذا لم يتعلق حقهما
بما وجب على الاجنبي وان تعلق حقهما بالمبدل ولهذا لو وطيت المنكوحه
بشبهه حتى وجب العقر لم يتعلق حق زوجها بالعقر بل يكون الزوجه
وان كان حقه متعلقا بالمبدل وهو البضع لثبوت حقه مع وجود المنافي
وهو الحرمه وكذلك لو قتل القاتل عمدا او خطا ووجبت الديه لا يتعلق بها
حق المقتول بل يكون لوارث القاتل وان كان حق المقتول متعلقا بالمبدل
وهو النفس لثبوت حقه مع وجود المنافي وهو الحرمه ولو ان المقطوع
الاول لم يقطع الاصبع بل قطع اليد من المرفق فله نصف ديه اليد وللاخر مثله
لان المنافي ينفي تعدي الملكه الى اعلا موضع القطع لما مر فوقع فعله ظلما
مسقطا للقصاص لا استيفا فبقي باقي حقهما وهو ديه اليد بينهما عكس ما لو قطع
الاصبع لانه لاقي مستحق الاتلاف اذ القصاص في الطرف ضده في النفس لما كان
مشروطا بتكافو الاجزا حتى لم يقطع ايد بيد اصلا ولا يد بيد اكتفا ضد النفس
كان جزوه بعض المستحق لا غيره عكس العضو في قصاص النفس الا يرى انه

لوعفا

عفا عن النفس بعد قطع العضو ضمنه عند الامام ضد ما لو عفى عن
الطرف بعد قطع بعضه وصاحب المرفق بقطع ذراع قاطعه
التفا بالبعض كما في الشلا وفات الاصبع ضد مقطوع الكف
يقطع ذراع مثله اذ حز (بسكون القاف) العدل قد حظي وفهم الفضل ذا باو معنى
لنفسه حتى لم يجر القصاص بين مبني عبدين واليمني واليسري كما لم
يجر بين حر وعبد او ذكر وانثي او باخذ ديه اليد وارش الذراع ايضا
في الصحيح اذ الاصابع اصل يتبعها الكف حايلا بينها وبين الذراع
غير مستتبع اياه وفا بالتبعيه اي ولو ان الاول من
الاقطعين لم يقطع اصبع الجاني بل قطع يده من المرفق فله على
الجاني نصف ديه اليد وللاقطع الثاني عليه مثله لان المنافي
للقصاص وهو حرمه النفس يمنع من تعدي ملكه المجني عليه الى
قطع مفصل هو اعلى من موضع قطعه وهو الرسغ لما مر من المنافي
يمنع تعدي الملكه عن القطع المستحق والصلح الي غيرهما والقطع من
المرفق غيرهما لانه ليس بمستحق للمجني عليه فوقع فعله ظلما كفعل اجنبي
اخر فكان مسقطا للقصاص الواجب لهما في اليد الواحده لا استيفا
لحق فبقي الباقي من حق الاقطعين وهو ديه اليد بينهما نصفين
كما كان وهذا الحكم على الحكم المتقدم فيما اذا قطع الاصبع من يد
الجاني حيث كان فعله استيفا لبعض حقه لا ظلما مسقطا للقصاص
وان قطعه من موضع لشركه قطعه يكون محلا لقصاصه الرسغ دون
مفاصل الاصابع لان قطعه الاصبع لاقا موضعا مستحق الاتلاف
في حقه وان كان مسيا في الاتلاف كمن له القصاص اذا احرق من
عليه القصاص يكون مسيا ومستوفيا وهذا لان الجاني بقطع اليد
من الرسغ اتلف اصابعه فلم يبق لاصابعه قيمة في حق المجني عليه
فكان بقطعه الاصبع متلفا متلفا ما يثبت له اتلافه فصار مستوفيا
بخلاف قطعه من المرفق لان الساعد غير مستحق للاتلاف في حقه
فافترقا وهذا لان القصاص في حق الطرف مخالف للقصاص في حق
النفس من حيث ان جريان القصاص في الاطراف مشروط بالتكافو

والتساوي ونعني التساوي في الارش والمحل دون التساوي في النفس
من جميع الوجوه لكون الاجزاء المعتبرة في قصاص الطرف ولهذا لا يقطع
الكامل بالناقص ولا الايدي بيد واحدة اصلا ولا يد واحدة بايد الثقات
بها عن الايدي لان الاطراف لها حكم الاموال لكونها خلقت وقاية
للنفس ولهذا كان للوصي استيفاء القصاص في الطرف ولهذا استوي
قصاص الطرف في الحرم والقيمة معتبرة في الاموال فلهذا فيما هو
ملحق بها بخلاف القصاص في النفس حيث لا تعتبر فيه الدكورة والتساوي
لكون الاجزاء والاطراف غير معتبرة فيه ولهذا يقتل الكامل بالناقص
والجماعة بالواحد والواحد بالجماعة اكتفاء والفقه فيه ان في النفوس
المساواة وفيما يرجع الى الحياة والمعنى المطلوب منها والنفوس سوا
في ذلك والمساواة في الاطراف من حيث الاجزاء والمعاني المتعلقة
بالاجزاء وذلك مما يتفاوت غاية التفاوت لان الحيوان ليس من
ذوات الامثال الا في موضع اهدر الشرع التفاوت وسوي
في الاروش فحينئذ يكون كالمتساوي حكما لتحري فيه القصاص والا
فلا واذا كان القصاص في الطرف مشروطا بالدكورة فلكون الاجزاء
معتبرة فيه كان نحو طرف الجاني كالاصبع في مسالتنا بعض الحق
المستحق للمجني عليه لا غير الحق فكان يقطعه لبعض حقه لا متعديا
كما قررنا وهذا على حكم العضو في قصاص النفس لانه غير الحق المستحق
لا بعضه لما ذكرنا من الاجزاء غير معتبرة في قصاص النفس فلا يكون
قطع ولي القصاص في النفس طرف القاتل استيفاء لبعض حقه بل يكون
ظلما وعدوانا الا ترى ان ولي القصاص في النفس لو عفي بعد قطعه
عضو القاتل يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله بخلاف ما لو عفي صاحب
القصاص في الطرف بعد قطعه بعضه حيث لا يضمن وبين الجواب
في الاصبع قولهما اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فيضمن الاصبع الا انه
يعزره القاضي بقطعه الاصبع لكونه مثلة او لما فيه من الايلام
والجرح الزائد هذا كله حكم موجب الجناية على الاقطعين واما
حكم جناية القاطع منهما ذراع الجاني من المرفق فنقول صاحب

المرفق تخير بين ان يقتص من قاطعه او يأخذ الدية لما ذكرنا
ان قطعه من المرفق وقع ظلما وكان موجبه القصاص الا ان
يد القاطع انقص لكونها تعتريه آفة وكان لمقطوع المرفق الخيار
كما ذكرنا فان اختار القصاص مع النقصان كان له ان يقطع
ذراع قاطعه اكتفاء ببعض حقه ولا شي له سوى ذلك كما لو قطع
الاشل او فاتت احدى الاصابع يد اصحيحة من حيث انه يتخير
المقطوعة يده بين القصاص مع النقصان وبين اخذ الدية
كذا ههنا وهذا بخلاف مقطوع الكف اذا قطع ذراع مثله
حيث لا يجب القصاص لان شرط جريان القصاص في الاطراف
المساواة من حيث القيمة ولا يعرف مساواة الذراعين
من حيث القيمة قطعا ويقينا لان الواجب في الذراع حكومة
العدل لا ارش مقدر وانما يعرف ذلك بالحزر والظن وحزر
العدل وظنه قد يخطئ وذلك يوهم احتمال فضل احد الذراعين
على الاخر ووهم الفضل من حيث الذات او من حيث المعنى
كحقيقة الفضل ولهذا لم يجز القصاص بين يمنى العبدين وان كانت
قيمتهما متساوية لاحتمال الفضل بين الاذنين من حيث المعنى
وهو القيمة ولا بين اليد اليمنى واليسرى للتفاوت في منفعة
البطش على اعتبار اصل الخلقة مع احتمال ان يكون اليسرى ازيد
كما لم يجز بين طرف الحر والعبد او بين طرف الذكر والانثى للتفاوت
في القيمة وهو الارش في الاول وفي منفعة البطش في الثاني
والقصاص يبتنى على المساواة وبالرضا لا يثبت المساواة فيتعذر
الاستيفاء فصار الى الدية اما اليد التي قطعت من المرفق
فهي يد صحيحة ولها ارش معلوم مقدر وان لم يكن لساعد قاطعها
ارش معلوم لكن يعلم قطعا ويقينا ان قيمة الساعد دون ارش
اليد الصحيحة والنقصان لا يمنع القصاص واما اذا اختار
المال فله ان يأخذ دية يده وكذا الارش الذراع ايضا في الصحيح
وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يجب في
الذراع شي اذ ليس له ارش مقدر فكان تبعا للاصابع كالكف
ولهذا تجب دية الاصابع ولا يجب حكومة العدل في الكف
اذا قطعت معها وجه ظاهر الرواية ان الاصابع وان كانت
اصلا لتقدير ارشها والكف تبع لها الا انه تقدر القول

يكون الدراع تبعا للاصابع لحيلولة الكف سيما لان الشي
انما يستتبع ما يليه دون ما لا يليه وبعد ذا ايضا القول بكونه
تبعا للكف لان الكف تبع والتبع لا يكون له تبع وفاءً لحكم التبعيه
وقول المصنف رحمه الله تعالى حالا منصوب على انه حال
من الكف في قوله تبعها الكف وقوله غير في قوله غير مستتبع
منصوب على انه حال من الضمير المستتر في قوله حايلا العايد
على الكف والضمير المنفصل المنصوب بقوله مستتبع عايد على
الدراع فالمعنى ان الاصابع اصل في اليد تبعها الكف في
موجب الجناية على اليد حال كون الكف حايلا بين الاصابع والدراع
وحال كونه غير مستتبع للدراع وفاءً بالقول بتبعية الكف
المانعة من استتباع غيره والله تعالى اعلم ص

باب الجناية بعد العتق المبهم او قبله

صح ابهم عتق احدهما قبل القتل ومن بعده عالما يجب الدية
لا القيمة ان لم يكن جنى الاخر علمنا وقال زفر تفريعا على تعليق
العتق بالجناية اذ فوت الدفع عن ملكه البيان في غير الجاني والعلم
ان كان جنى الاخر ايضا لا ارتفاع العتق بالموت للعجز مطلقا او دون
وربط البيان في الجاني الاخرى ان فوت الثمن او لزومه من الاحسان
باسقاط الخيار والحرف بتنزيل المبهم منشيا كما في العدة والقرار
وبتنزيل غيره مظهرا وقد عرف وان ابهم بعد القتل ومات
تجب دية يكون منها قدر القيمة في كل المال لانه لا محيص عنها
لمن الدواء والفضل في الثلث ان لم يكن جنى الاخر ادعوضه
الخلاص عنه بدفع الجاني ذاك اخر العمر ضد ما لو كفل في الصحة
وداب في المرض لتمامها من غير حال العقد بلا محيص وديتان
احداهما لذلك والاخرى من كل المال ان كان قتل الاخر ايضا
اذ الممكنه لا تعدو احدهما فاعتبر في حق الاخر اعتبارا حال
الابهام وان ابهم بين قتليهما ومات فعليه القيمة في الثاني
لانه عجز عن الدفع بكلام سابق كما في المدبر والدية في الاول
تعتبر قدر القيمة من كل المال والفضل من الثلث لما مر ش
اعلم ان ابهام العتق هو ايقاعه على بعض الافراد غير عين اذا
عرفت هذا فنقول في الباب ثلاثة فصول الاول فيما اذا
ابهم المولى العتق قبل الجناية ثم بين العتق في المعين بعد الجناية

178

وصورته رجل قال في صحته لعبديه احدكما حر فقتل احدهما رجلا
خطا ثم بين المولى العتق في الجاني عالما بالجناية يجب عليه الدية
لا القيمة ان لم يكن جنى العبد الاخر ايضا وهذا عندنا وقال
زفر فانه قال يجب على المولى القيمة لا الدية وهذا الخلاف
تفريع على ما ذكر في الجامع الصغير فيمن علق عتق عبده بالجناية
على الغير بان قال له ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت
حر ففعل ذلك فانه يجب على مولاه الدية عندنا وعند زفر
رحمه الله يجب عليه القيمة لان العتق حصل بكلام وجد قبل
الجناية فيكون مستهلكا لاحدهما لا مختارا للفداء فيلزمه القيمة
كما في المدبر اذا جنى ولنا انه فعل فعلا يفوت به دفع الجاني عالما
بالجناية مع تمكنه من بيان العتق في غير الجاني فكان مختارا للفدا
دلالة لتعجيزه نفسه عن تمكنه الدفع فيلزمه الفدا بالدية
قوله والعلم ان كان جنى الاخر ايضا الى اخره اشارة الى
ما ذكر من الحكم على الحكم فيما اشار اليه من الصور من حيث
وجوب القيمة دون الدية اما في الصورة الثانية فلان المولى
لما مات فقد عجز عجزا مطلقا عن دفع كل واحد منهما لشيوع
ما اوجبه من العتق المبهم فيه قبل وجود الجناية فلا يكون
مختارا للفداء بل مستهلكا كما في استيلاده وتدبيره قبل الجناية
وهذا خلاف ما اذا مات العبد الجاني لانه لم يوجد من المولى
فعل يضاف الهلاك اليه لا تحقيقا ولا تقديرا ليحصل مستهلكا
فلا يضمن شيئا واما في الصورة الاولى فلعجزه عن دفع الجاني
ببيان هو مضطر فيه لا مختار اذ لا يمكنه ترك البيان في
احد الجانبين الا بالالتزام وربط في الجاني الاخر لان كل واحد
منهما فكان مضطرا الى صرف الاختيار ولهذا لو كان جاهلا بالجناية
لا يوصف بكونه مختارا لما ان الرضا والاختيار لا يتحقق بدون
العلم فلذا لا يتحقق مع الضرورة الاخرى ان العبد المبيع بشرط
الخيار للبايع او للمشتري اذا جنى في المدة لا يصير البايع مختارا للفدا
كل واحد من الاسقاط والرد نصرفا بعجزه عن الدفع عالما بالجناية
لان كل واحد منهما مضطر فلا يوصف بالاختيار اما البايع فلانه
لولا اسقاطه الخيار لفات عليه الثمن الذي استحق الوصول اليه

مسلم المبيع بالبيع السابق على الجناية واما المشتري فلانه لولا الرد
للزمه الثمن بدون رضاه عند ظهور ان السلعة لا توافقه فكان
مضطرا لان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه وهذا على
اصلهما واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلان خيار المشتري وان لم
يدخل المبيع في ملكه الا انه يحتاج الى منع انعقاد البيع في حق الحكم
عند ظهور ان السلعة لا توافقه والحرف الذي يدور عليه جنس هذه
المسائل ان يقال البيان انشاء من وجه لكونه قبل البيان غير
واقع في المعين واظهار من وجه لكون محل الايجاب المبهم لا يعدوهما
وقد عرف ذلك في موضعه واذا كان كذلك فنقول جعلنا المولى المتهم
في البيان منشئا للتصرف كما في العدة والفرار واما اذا لم يكن
المولى متهما فجعل مظهرا او نقول لا منشئا له الا ترى ان الرجل
اذا قال لامرأتيه احداكما طالق في صحته ثم مرض ثم بين الطلاق
في احديهما بعينها يعتبر العدة من وقت البيان ويصير الزوج
فارا حتى ترث المرأة منه اذا مات وهي في العدة وان كان مضطرا
في البيان اذ هنا انما صار فارا لابطال حقها في ارثها بعد
ثبوته وابطال الحق سبب للضمان مضطرا كان في الابطال
او مختارا وههنا صار مختارا لتفويته الموجب الاصلي وهو
الدفع لا لكونه ظالما مبطلا حقا ثابتا فافترقا يوضحه ان الحاجة
ههنا الى كمال الاختيار ليلزمه اقوى الضمانين وذلك لا يكون
الا في حالة العلم والاختيار المطلق واما الفصل الثاني وهو ما اذا
ابهم المولى العتق بعد وجود الجناية ومات قبل وجود البيان
فيلزمه دية كاملة يكون منها قدر قيمة العبد الجاني في كل المال
لانه لا محيص عن لزوم هذا القدر سواء بين ام لم يبين
وقد وجب بسبب لا تهمة فيه فصار كدين الصحة ثم ما فضل
عن القيمة الى تمام الدية يكون في ثلث المال وهذا اذا لم يكن
العبد الاخر جنى اما اذا جنى العبد الاخر فيأتي الكلام عليه
ان شاء الله تعالى قوله اذ عرضه الخلاص عنه بدفع
الجاني زالت آخر العمر الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر
وتقريره ان يقال المولى وان صار مختارا للفداء في مرضه لكن بسبب
وجد منه في الصحة فوجب ان يعتبر الدية من جميع المال كمن
كفل لرجل في صحته بما ذاب له على فلان ثم ذاب له عليه شيء في

مرضه فهناك يلزم الكفيل ذلك من جميع المال قلنا هذا وتقرير
الجواب ان يقال هو مختار فيما زاد على القيمة الى تمام الدية لانه
انما لزمه باختياره لانه كان بعرضية ان يخلص نفسه عن الفداء بدفع
الجاني على تقدير صرف العتق بالبيان الى غيره فلما بلغ آخر العمر ولم
يبين زالت عرضية خلاصه عن الفداء فلزمه بتركه البيان في العبد
الاخر مختارا فكان متبرعا بذلك القدر في مرضه فيعتبر من ثلث
ماله بخلاف الكفيل في الصحة وذاب عليه في المرض لان الكفيل لم
يلتزم تبرعا من الكفيل حال عقد الكفالة بلا محيص له عن ذلك
الى آخر عمره حتى لو اراد الرجوع عن الكفالة لم يكن له ذلك الا
برضا المكفول له فكان المال واجبا بسبب تبرع قد تم ولزم
في حال صحة المتبرع فيعتبر من جميع المال قوله ودينان
معطوف على دية في قوله تجب دية وهو اشارة الى ان العبد
الاخر لو كان جنى ايضا والمسألة بحالها لزم المولى ديتان للوليين
احداهما يكون منها قدر القيمة من كل المال والزائد الى تمام الدية
من الثلث والدية الاخرى يكون كلها من جميع المال لان تمكن المولى
من البيان لا يتعدى احد العبدين لان ايجاب العتق يتناول
واحدا منهما لا محالة فلما مات قبل البيان صار بترك البيان مع قدرته
عليه مختارا للفداء في آخر عمره في حقهما جميعا لثبوت العتق فيهما
باعتاقه بعد الجناية عالما بها او صار معتقا نصف كل واحد منهما
عند الموت واذا كان تمكنه من البيان لا يتعدى احدهما اعتبر
الايجاب في حق احدهما اختيارا للفداء حتى يعلمنا قطعا بوجوب
الدية لاحدهما سواء صرف العتق الى هذا ام الى هذا فنعتبر هذا الاختيار
في حالة الصحة بسبب لا تهمة فيه لوجوده حال ابهام العتق واما
وجوب دية اخرى فيكون قدر القيمة منها من جميع المال فلما ذكرنا
من ان قدر القيمة لا محيص عنه لوجوبه على كل حال سواء بين ام لم
يبين بخلاف ما اذا زاد الى تمام الدية لانه لزمه في آخر العمر حيث
جعل معتقا عند الموت وكان متبرعا به في مرض موته فاعتبر
من الثلث كما قررنا ثم يكون الديتان بين وليي الجنايتين نصفين
لانه ليس احدهما اولى به من الاخر واما الفصل الثالث وهو ما
اذا ابهم العتق بين الجنايتين ومات قبل البيان فعليه القيمة في
القاتل الثاني لانه عجز عن دفعه لكلام سابق على جنايته فلم يصر

مختارا للفدا فيه بل مستهلكا بالكلام السابق فيلزمه القيمة
كما في المدبر واما في القاتل الاول فيجب عليه القيمة الدية
بعسر وقدر القيمة منها من كل المال والفضل الى تمام الدية
من الثلث لما مر ذكره من ان قدر القيمة لا يخيس المولى
عنه وما زاد على القيمة لزمه باختياره في اخر عمره فلما بلغ اخر
العمر ولم يبق زالت عرضته خلاصة نفسه عن الفدا فلزمه
الفدا بتمامه في مرضه فيعتبر من الثلث هذا اذا مات
المولى قبل البيان واما اذا بين العتق في القاتل الاول
فيلزمه الفدا لصيرورته معتقا له بكلام وجد منه بعد الجناية
فصار مختارا للفدا الا ان كان البيان في مرضه اعتبر قدر القيمة من
جميع المال وما زاد الى تمام الدية من الثلث لانه متهم في البيان
فيه اذ هو متمكن من البيان في الثاني والبيان فيه لا يوجب
عليه الا قيمته لعدم الاعتاق فيه على الجناية فكان في الزيادة
متهما واما اذا بين في القاتل الثاني فيلزمه قيمته لان اعتاقه
وجد قبل جنايته وهو مضطر في البيان لان كل واحد من
العبدين جان وقد لزمه البيان جبرا فلا يمكنه التخلص عن الفدا
في احدهما الا بالتزام الفدا في الاخر فلا يكون مختارا للفدا في حق
الثاني فيلزمه قيمته لا غير ويخير المولى في الاول بين الدفع
والفدا لبقائه رقيقا والله تعالى اعلم

باب المجني عليه يغصب او يرهن

ش اعلم ان هذا الباب يشتمل على مسائل الباب الاخير
من ابواب الرهن في ترتيب الجامع وعلى مسائل الباب الثاني
من الجنايات وذلك البعض يتضمن مسائل الباب الثامن بعض
عن الابواب المتفرقة في اخر الكتاب في ترتيب الجامع الا ان
الوضع فيه فيما اذا ثبت القطع بالاقرار وفي الباب الثاني فيما اذا
ثبت بالبينة ص قطعها او شجها رجل فمرضت
ثم غصبها اخر فماتت فللمولى موجب القتل وهو قتل العامد
وعقل المخطي كما عرف او موجب الغصب وهو تغريم الغاصب
قيمته يوم الغصب والجاني ما نقص قبله يتخير بين شيئين احدهما
لا يقطع السراية وهو القتل اذ لا يزيل الملك حتى كان القتل على
المولى والاخر يقطع وهو الغصب اذ يزيل الملك لكن لا بنفسه

لفقد الرضا

لفقد الرضا بل عند التضمين ضرورة ملك البدل كما في العكس
وبه يختلف المستحق والبداءة والنهاية كما في البرء الا ترى ان فوت
محل الجناية بقطعها حتى كان ضمان النفس على قاطع الكف
دون قاطع اصبعها ورجع العاقلة ان ضمنت على الغاصب بقيمة
المغصوب لقيامه مقام المولى كما عرف في غاصب المدبر
لا عكس لتاخر الملك ش رجل قطع يد جارية تساوي
الف درهم فمرضت من ذلك غصبها رجل اخر فماتت في
يده فالمولى بالخيار ان شاء اتبع الجاني بموجب القتل وهو قتله
قصاصا ان كان عامدا وعقله ان كان خاطئا كما عرف من مذهبنا
وان شاء اتبع الغاصب بموجب الغصب وهو تغريمه قيمة
الجارية يوم الغصب وتغريم الجاني باعتبار جنايته الى
حين الغصب في ماله تخير المولى بين الشيئين اذ كل واحد
منهما احدث في حقه سبب ضمان اما الجاني فبفعله واما
الغاصب فبغصبه لكن احد السببين لا يقطع سراية الجناية
الى النفس وهو القتل لانه لا يزيل ملك المولى ولهذا كان
قتل الجارية المجني عليها اذا ماتت على المولى لملكه دون
الجاني وان ضمن لان ضمان الدم لا يفيد الملك في المضمون
واما السبب الاخر فيقطع السراية وهو الغصب لانه
يزيل ملك المولى عن المغصوب لكن لا يزيله بنفسه لفقد
رضا المغصوب منه بل انما يزيله عند تضمينه الغاصب بدل
المغصوب ضرورة ملك المغصوب منه البدل كما في العكس
وهو زوال ملك الغاصب عن البدل عند تضمينه ضرورة
ملكه للبدل وهو المغصوب وبزوال الملك الى الغاصب
يختلف المستحق لموجب الجناية لان المستحق قبل التضمين
هو المالك والمستحق بعده هو الغاصب ولذا يختلف حكم سرايه
الجناية ونهايتها لان السراية مع بداءة الجناية وبداءة الجناية كانت
على ملك المولى ونهايتها كانت على ملك الغاصب ومتى اختلف
المستحق والبداءة والنهاية جهل المستحق فيتعذر ايجاب الضمان
للمالك يوم الجناية لان الجناية انما توجب الضمان لكونها اتلافا
وصيرورتها نفسا في ملك الغير يمنع كونها اتلافا في ملك الاول
واما في حق الثاني فالتلف وان حصل في ملكه الا ان الفعل المضر

وهو المجروح لم يوجد في ملكه فصار اختلاف المستحق والبداءة والنهاية
في قطع السراية بمنزلة تخلل برء المجني عليه من الجرح وموته اذ معنى
البرء ارتفاع حكم السراية الا ترى ان فوت السراية بمحل الجناية
بقطع السراية لارتفاع حكمها حتى انه لو قطع اصبع رجل ثم قطع آخر كفه
فمات كان ضمان النفس في العمد والخطا على قاطع الكف دون الاصبع قاطع
لان القطع الثاني ازال الم القطع الاول بازالة محله فتعذر القول
بسرايته الى النفس وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله يشتركان
في موجب الجناية لان الموت حصل بالجنايتين لانتشار المهما في
النفس وجوابه ما قلنا من ان القطع الثاني ازال الم القطع الاول
بازالة محله فتعذر القول بسرايته الا ترى ان تبدل المستحق
يبطل السراية فهذا اولى وانما يضمن الجاني ما نقص في ماله لان
الجناية وردت على ملك المولى ولا اشتباه في استحقاقه هذا القدر
ولم يصر نفسا لانقطاع السراية فان قيل وجب ان لا يضمن
الغاصب اذا مات العبد في يده من الجناية لصيرورة الجاني
مستردا له بالجناية فصار كما لو استرده بيده حقيقة قلنا الغصب
قبض حقيقي والسراية قبض حكمي فلا يبطل الحقيقي فيجعل
كانه مات بآفة سماوية لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله
لا بما هو دونه قوله ويرجع العاقلة ان ضمنت الى آخره
اشارة الى ان مولى الامة اذا اختار تضمين عاقلة الجاني
قيمة الامة كان لهم ان يرجعوا على الغاصب بتلك القيمة
لانهم ان لم يملكوا المضمون باداء الضمان لكون ضمان الدم
لا يفيد الملك في المضمون حتى كان الكفن على المولى دون
الجاني كما ذكرنا الا انهم قاموا مقام المولى في مطالبة الغاصب
بالضمان كما عرف في غاصب المدبر اذا غصب منه ومات
في يد الثاني واختار المولى تضمين الاول فان له ان
يرجع على الثاني لانه وان لم يملك المدبر باداء الضمان الا انه قام
مقام المولى في المطالبة به اذ لا يجوز ان يبرأ الغاصب
بدون الاداء والابراء اذ لم يوجد احدهما وقد انقطع
مطالبة المولى لوصول كل حقه اليه من الاول
لم يكن بد من ثبوت المطالبة لغيره وكان اثباتها للضامن
الاول اولى من غيره وهذا بخلاف [illegible] وهو ما اذا اختار

المولى

المولى تضمين الغاصب حيث لا يكون له ان يرجع على عاقلة الغاصب
الجاني بما ضمن كما لا يرجع على الجاني انما الضمان لان الضمان انما
لزمه بغصبه وهو وان ملك الامة باداء الضمان الا ان ملكه
اياها تاخر عن الجناية لتاخر سببه وهو الغصب فلم تكن الجناية
واردة على ملكه لا حقيقة ولا حكما والسراية وان وجدت في الملك
المستند الى وقت الغصب لكنها انقطعت بتبدل الملك
الموجب لتبدل المستحق كما ذكرنا ص لذا لو لم يغصبها احد
ولكن باعها المولى على انه بالخيار وماتت عند المشتري في الثلاث
او ملكها بالضمان لا العقد على المشتري فاسدا ش اي ولذا
الحكم في الامة اذا لم يغصبها احد بعد الجناية عليها ولكن باعها المولى
على انه بالخيار ثلاثة ايام وماتت عند المشتري في مدة الخيار من تلك
الجناية حتى كان المولى بالخيار ان شاء اتبع الجاني وان شاء اتبع المشتري
بالقيمة وضمن الجاني ما نقصته جنايته الى حين البيع لان المشتري
انما ملكها بوجوب الضمان عليه لا بنفس العقد لان خيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه ويجعله مضمونا على المشتري بالقيمة لو هلك
عنده في المدة وكان هو والغصب سواء وهذا بخلاف ما اذا باعها
المولى بيعا فاسدا وسلمها لان الامر فيه بالعكس حيث يملكها
المشتري بالعقد المولد بالقبض لا بالضمان واداء [illegible] لذلك ولا يثبت
للمولى الخيار الثابت في صورة الغصب وبيع الخيار بل يكون
له على الجاني ما نقص الامة الى يوم قبض المشتري لكونه تلف
بجنايته وعليه ارش الجناية الصادرة من مباشرة وسراية وهو
في ملك البائع ويكون حالا في ماله لانه طرف المملوك فيسلك به
مسلك الاموال كما عرف ولا تحمله العاقلة وفي هذا والبيع الصحيح سواء
ولا ضمان على الجاني فيما بقي من النفس لانقطاع السراية
بزوال الملك عند القبض الموجب لتبدل المستحق ويبرأ
عن ضمان السراية وعلى المشتري قيمة الامة يوم قبضه في ماله
حالا لان المبيع فاسدا مضمون عليه بقيمته يوم القبض ص
ولو لم يبع ولكنه رهنها بدين يعدلها فماتت ذهب الدين
وعلى الجاني ما نقص قبل العقد لان الايفاء بقطع السراية
ضمن تمليك المالية حكما وزوال ضمانين كالبيع الثابت ضمنا لو
سبق الرهن اذ الايفاء به ولا جناية عنده وان زادت ولدا يعدلها

بقي نصف الدين وغرم الجاني نصف النقص ولا يكون رهنا والعاقلة
نصف النفس ويكون نصفه رهنا اذا اخلف كالاصل والسراية في
الامانة دون المضمون كما لو عدلت ضعف الدين وان مات الولد
قبل الفكاك ومات العاقلة وغرم الجاني تتمة النقص كان لم يكن ولد
لما عرف ان قسطه انما يتقرر بالفكاك شن اي ولو لم يبع المولى
الامة المجني عليها ولكن رهنها بدين عليه والدين يعدل قيمتها بان
كان الدين خمسمائة وقيمة الامة قطعا خمسمائة فماتت عند المرتهن
من تلك الجناية ذهب الدين لقوله صلى الله عليه وسلم الرهن
بما فيه ويجب على الجاني ما نقصته جنايته الى وقت عقد الرهن
لتلف ذلك القدر بجنايته ويبطل عنه ما عدا ذلك لان عقد
الرهن عقد ايفا من مالية المرهون والايفا يقطع السراية في ضمن
تملك الراهن ماليته من المرتهن لصيرورة الراهن حينئذ مبريا
للجاني ضرورة اذ لم يبق المرهون مضمونا على الجاني بعد الرهن
مع انه مضمون على المرتهن لتوالي ضمانين على شخصين مختلفين
بسبب عين واحدة وذلك محال لان الضمان باعتبار المالية وهي
متحدة فاذا اعتبرت مرة في الاستيفا من احدهما تعذر استيفاوها
عقد في حق الاخر في حالة واحدة فصار عقد الرهن في حق قطع سراية الجاني
بمنزلة البيع الباتّ لانه عقد استيفا يصير حقيقة الايفا عند
هلاك المرهون والاستيفا لا ينفك عن ملك المضمون مقابلا
بما في ذمة من عليه الدين ولو باع الامة بيعا باتا انقطعت سراية
الجناية لصيرورة المالك مبريا للجاني عن تراض فكذا في الرهن
اما الغصب فحصل بغير رضا المالك فتعذر جعله مبريا للجاني
قبل اختيار التضمين فان قيل بالرهن لا يزول الملك فلا يقطع
السراية بخلاف البيع قلنا بل يزول عند الهلاك والاجماع على
ضمان السراية انما يحصل عند الهلاك لا قبله حتى ان الراهن
لو افتكه قبل السراية ثم سرت الجناية ضمن الجاني جميع قيمة
المرهون لا بدل الطرف خاصة ثم ان السراية اذا انقطعت
انما يقطع بقدر المرهون في الرهن لا بقدر الامانة لان معنى
الايفا لا يتحقق الا في المضمون وهذا بخلاف ما اذا كان الرهن
سابقا على الجناية بان كان المولى رهن الامة قبل الجناية حيث
يضمن الجاني قيمتها فيكون رهنا عند المرتهن لما ذكرنا من ان ايفا

الدين

الدين انما يتحقق بعقد الرهن ولا جناية عند الايفا لتصير المالك
مبريا عنها في ضمن تمليكه المالية من المرتهن فافترقا ثم ان محمدا
رحمه اثبت الخيار للمالك في مسئلة الغصب على الوجه الذي ذكرناه
ولم يثبته في مسئلتنا حتى ان الراهن لا ياخذ الا من الجاني وان كان
الغصب يفيد الملك في المضمون عند الهلاك كالرهن والفرق ان
الرهن عند الهلاك يصير في معنى البيع سواء شاء الراهن ام ابى
فكان قاطعا حكم السراية اما الغصب انما يصير في معنى البيع اذا
اختار المالك تضمين الغاصب جميع القيمة فقبل ان يختار
لا يكون قاطعا للسراية فلهذا كان له الخيار على الوجه المذكور
ثم في مسئلتنا ليس للراهن ان يقول انا اوفي الدين وابطل الرهن
واضمن الجاني قيمة النفس لان المرهون بعد هلاكه عند المرتهن
لا يقبل الانفساخ كالبيع بعد هلاك المبيع في يد المشتري ويستوي
علم المرتهن بالجناية وعدمه في انه لا يثبت له الخيار لان خيار العيب
انما يثبت للتخيير بين الفسخ والامضا وذلك ثابت للمرتهن من غير
خيار لكون عقد الرهن غير لازم فيتمكن من رده متى شاء اما
التخيير في باب البيع فهو مفيد لكونه عقدا لازما فافترقا قوله
وان ولدت ولدا يعدلها الى اخره اشارة الى ان الامة لو لم تمت حتى
ولدت ولدا يعدلها في القيمة بان ولدت ولدا يساوي خمسمائة يبقى
نصف الدين فيه لانها لما ولدت انقسم ما فيها من الدين عليها
وعلى ولدها نصفين لاستواء قيمتها في الحال على تقدير بقا قيمة الولد
على ما هي عليه الى وقت فكاكه ولموتها سقط ما كان فيها من الدين
وهو مائتان وخمسون وبقي ما في ولدها وذلك مائتان وخمسون
وهذا لان السراية لم تكن مضمونة حال الرهن لكون الامة مضمونة
بالدين فلما ولدت وتحول نصف الدين الى الولد خلا نصفها من الدين
فتبين ان ذلك النصف ليس بمضمون على المرتهن بل هو امانة في
يده فزال المانع من ضمان السراية في ذلك النصف فبقي نصف
الامة مع نصف اليد مضمونا على الجاني فما كان من ضمان اليد
فعلى الجاني وما كان من ضمان النفس فعلى العاقلة في ثلاث سنين
واذا كان كذلك يغرم الجاني للراهن نصف ما نقصته الجناية
قبل الرهن وذلك مائتان وخمسون لانقطاع السراية فيه ولا
يكون للمرتهن ان ياخذ رهنا لانه بدل الطرف وحق المرتهن لا يتعلق

بالطرف لانفصاله وقت عقد الرهن ولضمن عاقلة الجاني نصف نفس الامة ويؤخذ من ماله لتحقق سراية الجناية الى نصف النفس وللولي المرتهن ان ياخذ نصف ذلك رهنا ويعود المال ثابتا وجعلون وهذا لان قدر ما لبدل النصف الذي سرت فيه الجناية حصة نصفها الى يد المرتهن امانة لان جميع ما لبدل الامة القطعا حصة نصفها مشغول بالدين ونصفها امانة كفعت فيه السراية وتدفات الى الخلف يعدل في المالية فكان للمرتهن ان ياخذه ويحبسه وان لم يكن مضمونا عليه اقامة للخلف مقام اصله **قوله وان مات الولد بطل** الفك رد مال العاقلة الى اخره اشارة الى ان الولد لو مات قبل فكاكه وجب رد ما اخذ المرتهن من ضمان العاقلة عليهم فيقبضه الراهن من المرتهن فيدفعه اليهم ويغرم الجاني للمولى قيمة النقص كما اذا لم يكن ولد اصلا لما عرف من ان قسط الولد من الدين انما يتقرر فيه ببقائه الى وقت فكاكه ولم يتقرر فظهر انا اخطانا في القسمة وان الدين كله كان بازاء الام القطعا وقد هلكت كلها مضمونة بجميع الدين وذلك موجب لانقطاع السراية كما قررنا واذا ظهر ان السراية انقطعت تبين انه لم يكن على العاقلة شيء وتبين ان على الجاني جميع ما نقصته الجناية قبل الرهن فيجب على المرتهن رد مال العاقلة عليهم وعلى الجاني دفع قيمة النقص الى الراهن والله اعلم

باب القتيل يوجد في دار وغيرها

ش اعلم ان هذا الباب يشتمل ايضا على بعض مسائل الباب الثالث والعشرين من ابواب البيوع في ترتيب الجامع وهو باب جناية العبد في بيع فيه خيار جعلها المصنف رحمه الله الى هنا للمناسبة ص ترك الغوث والحفظ عن مكنة سبب في النفس دون العضو والسقط والمال تعظيما للدماء كالقسامة واقوى المكنة بالملك فاذا وجد حر او عبد قتيلا في مكان مملوك قسمت القيمة او الدية على عدد الملاك دون قدر الملك اذ العلة ترجح بالقوة لا بالكثرة كما في الشفعة فيكون على عاقلة كل واحد قسطه في ثلاث سنين من يوم الحكم يستوي فيه الدخيل والمختط له والوارث والغير حتى الموجود في دار نفسه عند الامام اذ يد الوارث حال الوجود يقطع النسبة عن العاقل كالماذون المديون او المكاتب يوجد في دار المولى ضمنه دار نفسه اذ الدين والعقد يمنع نقل اليد ٥ والمسبب لنفسه هدر كالحافر ولغيره ضد المباشر لا يوجب الحرمان ثم بالنسبة خاصا فاذا وجد في محلة او مسجدها قسمت بعدد النسبة حتى لو اختطها ثلاث قبائل قسمت اثلاثا بعدد القبائل دون الرؤس عكس الاول وفاقا كعلمنا التدبير كذا ان باعت احدى القبائل الاولى دون غيرهم اذ المذهب بعدم المختط له ما بقي النسبة عند الاول فان باع الرجل ايضا كان الملك على عاقلة الدخلاء دون الباعة لتبدل النسبة منعكسا بالرد بقضاء لعود القديم دون غيره وان اشترت احدى القبيلتين دون

الاول

الاخرى قسمت عليها وعلى الثالثة نصفين لما عرف لكن يشترط ما لقبض لا يتقرر الملك والعكس عندهما تفريعا على التعاكس في جناية المغصوب على الغاصب والمالك هدرا او اعتدادا وان تما بالشيء يبقى ما بقي البعض كوقت المغرب ما بقي البياض على ان الجناية مع اليد الضامنة كما في الغصب والرهن وقبل بيعها مطلقا حتى في العارية والاجارة ما لم يتمحض للغير كالوديعة ثم بالنسبة عاما فاذا وجد في الجامع او الشارع كان على بيت المال ثم بالقرب فاذا وجد في السجن او السفينة كانت على من بهما وان وجد بين قريتين يبلغهما الصوت كانت على عاقلة الاقرب الا ما يمر به الفرات او مثله فيكون هدرا كما لو وجد في مفازة لا يبلغها الصوت من العامر ش اعلم ان القتيل من به جراحة او يخرج الدم من عينه او اذنه بخلاف فمه او انفه او فرجه وان ترك الغوث والنصرة وحفظ المكان الذي يوجد به القتيل مع القدرة والتمكن من ذلك سبب للقتل في نفس الموجود قتيلا تعظيما لامر الدما بجعل الشارع المقصر في الغوث والحفظ قاتلا حكما جزاء له على ترك الواجب وحملا له على تحصيله كما شرعت القسامة في نفس الموجود قتيلا تعظيما لامر الدما ولا تجب الدية والقسامة في السقط الموجود لان الظاهر انه انما ينفصل ميتا ولا في العضو لان هذا الحكم عرف بالنص وقد ورد في البدن والعضو ليس ببدن بخلاف ما اذا وجد اكثر من نصف البدن او نصفه ومعه الراس حيث تجب القسامة والدية لان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فافترقا واذا كانت المكنة والقدرة شرطا في الغوث والحفظ اضفنا الحكم الى من كان اقوى تمكنا واقوى المكنة بالملك ثم بالنسبة الخاصة كاهل المحلة والمسجد ثم بالنسبة العامة كاهل المسجد الجامع والشارع الاعظم ثم بالقرب من مكان القتيل فهذه اربعة اقسام القسم الاول في المكنة بالملك فاذا وجد قتيل في مكان مملوك لقوم مخصوصين قسمت القيمة في العبد او الدية في الحر بعدد رؤس الملاك دون قدر الملك حتى لو كان نصف الملك لواحد وللاخر ثلثه وللثالث سدسه كانت الدية عليهم اثلاثا لان الملك وان قل يكفي لولاية الحفظ اذ كل مالك يبالغ في حفظ نصيبه وان قل بغاية جهده وقدرته وهذا لان العلة اصل الملك باعتبار ترك المالك حفظ ملكه عن فساد القتل والعلة انما ترجح بالقوة لما عرف لا بالكثرة كما في الشفعة فانها تقسم بين الشفعاء على عدد رؤس الملاك لا على قدر املاكهم لما ان العلة اصل الملك دون قدره واذا كان كذلك فيكون على عاقلة كل واحد من الملاك قسطه من الدية في ثلاث سنين من يوم الحكم بالدية ويستوي في الملاك الدخيل وهو المتملك من صاحب الخطة والمختط له ووارث القتيل وغير الوارث حتى القتيل الموجود في دار نفسه عند الامام ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء على عاقلة الموجود قتيلا في دار نفسه لانه لو وجد غيره فيها جعل هو قاتلا بداره فاذا

فاذا وجد هو كان قاتلا لنفسه حكما فيكون هدرا كما اذا حفر بئرا في قارعة الطريق
فوقع هو فيها بخلاف وقوع غيره ولهذا لو وجد المكاتب قتيلا في دار نفسه كان هدرا
بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان سبب وجوب الدية انما هو وجود القتيل بين ظهرانيهم
في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله عنه حيث قال وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل
بين اظهركم الا ترى ان من مات قبل وجود القتيل لا يدخل في الدية واذا كان كذلك
فحصول يد الوارث حال وجود المورث قتيلا في ملك نفسه ثابتة على ذلك الملك
دون يد المورث فانقطعت نسبة القتل عن القتيل كما ينقطع نسبة القتل عن العبد
الماذون المديون او المكاتب اذا وجد قتيلا في دار المولى لثبوت يد المولى على الدار حال
وجود القتيل ولهذا غرم قيمة الماذون للغرماء وقيمة المكاتب لو فيها بدل
الكتابة بخلاف ما اذا وجد قتيلا في دار من كسبه حيث تكون دمه هدرا لان دين
العبد وعقد الكتابة كل واحد منهما يمنع نقل اليد من ملك الماذون والمكاتب الى
المولى فبقيت الدار على حكم ملكهما حال وجود السبب فكان كل واحد منهما متسببا
لقتل نفسه حكما والمتسبب لقتل نفسه يهدر دمه كالحافر في الطريق يقع فيها
بخلاف المتسبب لقتل غيره كالوارث في مسئلتنا لان حكمه يخالف حكم المباشر لقتل
غيره من حيث ان القتل مباشرة موجب حرمان الميراث والقتل تسبيبا لا
موجب الحرمان فظهر بهذا ان وارث القتيل الموجود في دار نفسه وان
جعل قاتلا حكما لا يحرم عن الميراث لانه متسبب لا مباشر القسم الثاني في المكنة
بالنسبة الخاصة فاذا وجد القتيل في محلة او في مسجد لها قسمت الدية بعدد
النسبة حتى انه لو اختط المحلة او المسجد ثلاث قبايل احداها عشرون رجلا والاخرى
خمسون رجلا والاخرى مائة قسمت الدية اثلاثا بعدد المنسوب اليه وهو القبايل
دون عدد رؤسهم واهل المحلة بمنزلة العاقلة وقد استووا في النسبة فصاروا
كقبائل واحد عاقلة ثلاث قبايل وهذا عكس حكم الاولى في المكنة بالملك اعتبار
المكنة التدبير في كل واحدة من المكنتين وهي في الاولى للملاك اذ ولاية التدبير
في المملوك لمالكه وفي المكنة الثانية ولاية التدبير في المحلة والمسجد لمن ينسبان اليه
فيعتبر عدد المنسوب اليهم علا قلهم وكثرتهم لان كل قايم بتدبير موضع يقوم فيه
بنفسه واتباعه قل عددهم او كثر اذ التدبير من الجماعة والواحد سوا فيكون
في النسبة اليهم سوا قال في الاصل الا ترى ان ولي الجناية لو ادعى القتل على
اهل الدار ولم يوجد القتيل في الدار وانما وجد خارج الدار في المحلة ولكن الولي ادعى
بان القتيل اخرج من الدار فاقر بذلك واحد منهم فانه يلزمه الدية كما لو اقروا انه قتله
بيده ومثله لو كان هذا في المحلة فادعى ولي القتيل على اهل المحلة انه وجد فيها فانه
لا يلزمه شيء بهذا الاقرار لان الاقرار هنا لا يكون كالاقرار بالقتل بيده قوله

وكذا ان باعت احدى القبايل الى اخره اشارة الى ان الحكم المذكور لا يختلف وان
باعت احدى القبايل دورهم كلا رجلا واحدا منهم لم يبع داره سوا كان من تقسيم
ام كان حليفا لهم او عديدا لان المذهب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه تقدم المختط
له على غيره من السكان والمشترين ما بقيت النسبة الى قبيلته وتوقيت ببقايه وفي قول
ابي يوسف رحمه الله الاخر صاحب الخطة والمشتري منه والساكن سوا وهو قول ابن
ابي ليلى رحمه الله الا ترى انه في المكنة الاولى وهي نسبة الملك صاحب الخطة والمشتري
منه سوا فكذا ههنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان مبنى وجوب القسامة والدية
على التدبير والنسبة الا ترى انه اذا وجد قتيل في مسجد محلة يكون القسامة
والدية على اهل المحلة لكون الولاية في التدبير لهم ونسبة المسجد اليهم بخلاف
ما تقدم في الاولى هي مكنة الملك الا ترى انه اذا وجد في دار انسان قتيل وفيها
خدمه وغلمانه كانت القسامة والدية عليه دونهم لان التدبير والنسبة في
الدار الى المالك وان لم يكن في المحلة الا المشترون والسكان فالقسامة على المشترين
والدية على عواقلهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليهم جميعا
وقول محمد رحمه الله وقول محمد رحمه الله مضطرب في رواية مع ابي حنيفة رضي الله
وفي رواية مع ابي يوسف رحمه الله وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان القسامة
والدية انما تجب على اهل المحلة لالتزامهم الحفظ ولتهمة القتل والمشترون والسكان
فيه سوا والفرق لمحمد رحمه الله على احدى الروايتين ان كل واحد من النوعين
دخيل فيستويان في القسامة والدية بخلاف صاحب الخطة مع المشتري قوله
منعكسا بالرد الى اخره اشارة الى ان ما ذكره من الحكم منعكس برد الدار المبيعة
على الرجل البايع اخرا بالعيب بقضا القاضي فيكون حينئذ ثلث الدية على عاقلة
القبيلة البايعة دون عاقلة المشتري لعود قديم ملك البايع بالفسخ المطلق حتى
صار كان البيع لم يكن بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضا حيث لا يسقط النسبة
عن المشتري لان الرد بغير قضا فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث والعاقلة
ثالث فكان قوله وان اشترت احدى القبيلتين دون الاخرى الى اخره اشارة الى ان
احدى القبايل الثلاث او رجل منهم لو اشترى من القبيلة الاخرى دورهم جميعا
قسمت الدية على قبيلته وعلى القبيلة الثالثة نصفين لما عرف من ان نسبة المحلة او
المسجد انقطعت عن القبيلة البايعة بالبيع من كل وجه وبقيت منسوبة الى القبيلتين
الاخريين وهذا لان المشتري كان قايما في هذه المحلة بنفسه واصلا بذاته فلم يرد
النسبة اليه بهذا الشرى وقد انقطعت نسبة البايعة وصارت كان لم تكن بخلاف ما
اذا كان المشتري اجنبيا لانه لم يكن اصلا في النسبة بنفسه بل حدثت النسبة اليه بالشرا
فقامت النسبة الحادثة مقام النسبة التي كانت للبايعة فكانت الدية اثلاثا قوله

لكن مشروطًا بالقبض الى آخره اشارة الى ان وجوب الدية على عاقلة المشتري مشروط بقبضه لا بعقد او ملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الامر بالعكس لانهما اشترطا في ذلك قرار الملك دون القبض وهذا الخلاف فرع على اصلين احدهما تعاكس الحكم عندهم في جناية المغصوب على الغاصب والمالك فعنده جناية المغصوب على نفس الغاصب وماله هدر وعلى نفس المالك وماله معتبر لان ضمان الجناية عنده يتبع اليد دون الملك وعندهما جنايته على نفس المالك وماله هدر وعلى نفس الغاصب وماله معتبر لان ضمان الجناية عندهما يتبع الملك المستقر دون اليد والاصل الثاني ان الحكم الثابت لشي بعد ما بقي بعض ذلك الشي كفقًا وقت الغروب بيقا بياض الشفق عنده خلافًا لهما لان الشاصرا ثر من اثار الشفق الاحمر كذلك اليد في مسئلتنا اثر من اثار الملك ولهذا وجبت دية القتيل الموجود في المحلة او المسجد على من ينسبان اليه باعتبار اليد الثابتة لهم عليهما لهما ان وجوب الضمان للتقصير في الحفظ والمالك هو الذي يوصف بذلك لقوة اختصاصه فلهذا كانت الدية في مسئلتنا على المشتري في البيع البات وان لم يقبض وعلى من يصير الدار له في بيع الخيار ولابي حنيفة رحمه الله ان ظاهر ايجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا يقتضي الوجوب على صاحب اليد الا اذا قام الدليل بخلافه والمعنى فيه ان حفظ الدار عن فساد القتل انما يجب بشرط التمكن والتمكن انما يثبت باليد الحافظة بحكم الاصالة وللبايع يد بحكم الاصالة فوجب عليه الحفظ فاذا قصر فيه لزمه الضمان وتحملته عاقلته لتقصيرهم في حفظه على انا نقول بان ضمان الجناية يتبع اليد الضامنة كما في الغصب والرهن الا ترى ان جناية العبد المغصوب او المرهون يكون على من كان العبد في يده وهو الغاصب او المرتهن ومانع ضمان الجناية مع اليد مطلقًا سواء كانت ضامنة ام لم تكن حتى في يد الاعارة والاجارة ما لم تمحض اليد للغير كيد الوديعة فانه ذكر السرخسي رحمه الله انه لا رواية في العارية والاجارة قلنا ان نقول يجب على المستاجر والمستعير لان اليد لم تمحض لغيرهما بخلاف اليد المتمحضة للغير كيد المودع في الوديعة لانها يد المالك حكمًا فلهذا يجب الدية على المالك دون المودع واعلم ان مسئلة اشتراط القبض المذكورة وما يتعلق بها من الفروع التي ذكرنا ها هي المسئلة المنقولة من مسائل الباب الثالث والعشرين من ابواب البيوع وهو باب جناية العبد في بيع فيه خيار كما ذكرنا في اول الباب ٥ القسم الثالث في الكائنة بالنسبة العامة فاذا وجد القتيل في المسجد الجامع او الشارع الاعظم كانت الدية على بيت المال لان نسبة الشارع والجامع الى جماعة المسلمين والتدبير اليهم فيكون موجب الجناية عليهم في بيت مالهم القسم الرابع في الكائنة بالقرب فاذا وجد القتيل في سجن او سفينة كانت الدية على عاقلة من هو فيهما وان وجد بين قريتين يبلغهما صوت المستغيث كانت الدية على عاقلة الاقرب منهما الى القتيل اما السفينة فلان من فيها اخص بتدبيرها من غيرهم فكان الحفظ واجبًا عليهم لسيوى في ذلك المالك وغيره وهذا ظاهر على مذهب ابي يوسف رحمه الله لانه جعل المالك والساكن سواء

في المحلة واما عندهما فالفرق ان التدبير في المحلة للملاك دون السكان فيكون الدية عليهم وفي السفينة الظاهر انهم في تدبيرها سواء اذ اجتمعهم امر وهذا لان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك ولانها تركب كالدابة والمعتبر في القتيل الموجود على الدابة اليد دون الملك فكذا في السفينة وهم في اليد عليها سواء بخلاف المحلة لانها مما لا ينقل فيكون المعتبر فيه الملك دون اليد واما السجن فالحكم المذكور فيه قول ابي يوسف رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال نص عليه صاحب الهداية والكافي وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان اهل السجن هم الذين يقومون بتدبيره ما داموا فيه والظاهر ان القتل حصل منهم ولهما ان اهل السجن مقهورون في السكنى فيه فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فيكون الدية في بيت مالهم قالوا وهذه المسئلة مبنية على مسئلة الملاك والسكان وقد مر ذكر الاختلاف فيه واما اعتبار اقرب القريتين فلان قتيلا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر ان يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وعن عمر رضي الله عنه مثله وانما اشترط في القريتين ان يبلغهما الصوت لان ببلوغ الصوت يحصل التمكن من الغوث فيجب على السامع النصرة فاذا قصر جعل قاتلا معنى بخلاف ما اذا وجد القتيل في موضع لا يبلغ صوته الى اهل القرية حيث لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون الى التقصير وهذا كله اذا لم يكن القتيل الموجود مارًّا بنهر الفرات او نحوه من الانهار العظام التي ليس لاحد عليها يد ولا ملك حيث يكون هدرًا خلافًا لزفر رحمه الله في القياس على المحتبس بالشاطئ والفرق ان المار ينتقل من مكان الى مكان فصار كما لو وجد في مفازة لا يبلغها الصوت من العمران بخلاف المحتبس بالشاطئ لانه لا ينتقل بل هو في موضع مختص بتدبيرهم والتصرف فيه اقرب القرى اليه الا ترى انهم يسقون منه ويسقون دوابهم ونحو ذلك وتقييد المصنف رحمه الله القتيل المار بكونه في الفرات او مثله اشارة الى انه اذا وجد مارًّا في نهر صغير لقوم معروفين لم يكن هدرًا بل يكون الدية عليهم لاختصاصهم بتدبيره والانتفاع به والله اعلم ٥

فصل باب من السرقة

ان رد العين الى المالك ثم قامت بالسرقة لم يقطع استحسانا لانه وان كان حق الله حتى يبطل بالتقادم دون الابراء والعفو كحد الزنا والشرب بخلاف القصاص فهو مشروط بالدعوى حتى لا يستوفى اذا كذب المسروق منه او غاب وقد فات شرط الحد لان الرد بعكس التمليك مؤكد لها لا مناف س رجل سرق من حرز رجل الف درهم وردها الى المالك ثم قامت بالسرقة عنه لم يقطع يده استحسانًا لان حد السارق وان كان حق الله كما بيننا انه يبطل بالتقادم دون ابراء المسروق منه وعفوه كما في حد الزنا والشرب بخلاف حكم القصاص حيث يبطل بابراء الولي وعفوه دون التقادم

الا انه مشروط بالدعوى كسائر حقوق العباد الا ترى انه انما يحتسبا على ثبوت حق العبد وهو
المسروق منه ولهذا لا يستوفي منه الحد اذا كذب المسروق منه الشاهد في السرقة او غاب
بعد ما شهد وشرط قبول البينة وجود دعوى صحيحة وقد فاتت الدعوى والخصومة
برد المسروق الى مستحقه فتعذرت اقامة القطع الا ترى ان صفوان رضي الله عنه لما
وهب السرقة للسارق ردّ اليه حين اتى الكافر في وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم لما
امر بقطعه قال صلى الله عليه وسلم هلا قبل ان تاتيني به فيه اشارة الى انه لو كان ترك الخصومة
قبل القضاء لم يامر بقطعه وهذا بخلاف العكس وهو ما اذا اقامت البينة اولا على السرقة
ثم رد السارق العين الى المسروق منه حيث لا يسقط الحد عنه لان الدعوى والخصومة
قد وجدتا والرد يؤكد الخصومة ولا ينافيها لانه امر يوجبه حكم الشرع وامر بوجود المسروق
وهذا عكس حكم تملك السرقة من السارق لانه ينافي القضاء بالسرقة ولا يؤكد الخصومة
ص كذا الورد الى من في
اذ لا يجوز ان يقطع الانسان في ملك نفسه ولا يخاصم فيه
عياله للشبهة اذ يده يد من وجه حتى لم يضمن الغريم والمستعير بعد الدفع الى من في عياله
ش الوكيل بالقبض والمعير اذ لم يكن يده من وجه حتى ضمن المودع في رأي كالغاصب
اي وكذا لا يقطع السارق اذا رد العين الى من هو في عيال المسروق منه ثم قامت البينة
والقياس من ذلك الاستحسان ان يقطع لان المسروق مضمون على السارق ويد العيال
في المضمونات ليست كيد من يعوله ولهذا لا يبرأ الغاصب برد المغصوب الى عيال
المغصوب منه فكان العيال في هذا كالاجانب وجه الاستحسان ان الرد الى العيال
يورث شبهة الوصول الى من يعوله اذ يد عيال الرجل كيده من وجه دون وجه اما
كونها يده من وجه فلان الوكيل بقبض الدين اذا وكل بعض عياله بقبضه فدفع الغريم
الدين اليه لا يضمن بخلاف ما لو وكل اجنبيا فدفع اليه الغريم الدين حيث لا يبرأ وكذا
لا يضمن المستعير بعد الدفع الى عيال المعير واما كونها ليست كيده من وجه فدليل
ان المودع يضمن بالرد الى من في عيال المالك في رأي ذكره القدوري وهو اختيار الفقيه
ابي الليث وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله كما تضمن الغاصب لان ايداعه للاجنبي دليل على انه لم
يرض بيد عياله واختيار الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ما ذكر في الجامع من الفرق
بين المودع والغاصب ووجهه ان الضمان كان واجبا على الغاصب فلا يبرأ بالرد الى يد
من يده كيد المالك من وجه للشك في البراءة ولم يكن واجبا على المودع فلا يجب بالشك الا فالمال
واذا كان المال في مسئلتنا واصلا الى المسروق منه من وجه دون وجه وجب الحد والضمان
من وجه دون وجه والحد يسقط بالشبهة فاسقطناه والضمان لا يسقط بالشبهة فاثبتناه
ص كذا الورد الى ابيه او امه او جده وان لم يكونوا في عياله وفي القياس يقطع لان
ش اذ يأول الملك يغني عن شرطه هنا سقوط الحد عن ظن الحل عند الابن ولا يلزم الرد على عيالهم
اذ النازل عن الشبهة لا يدرأ اي وكذا لا يقطع يد السارق اذا رد المسروق الى اب المالك

ارامه

او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وفي القياس يقطع لان يد هؤلاء اذا لم يكونوا
في عياله ليست كيده في الامانات ولا في المضمونات حتى يضمن المودع بالرد اليهم ولا يبرأ
الغاصب وجه الاستحسان ان لكل من هؤلاء تأويل الملك في مال المسروق منه ثبت ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وتأويل الملك يغني عن شرط الملك في درء القطع
اذ كان رد المسروق اليهم بمنزلة رد المسروق الى مالكه حقيقة الملك كما يغني ظن الحل عن شرط
الملك في سقوط الحد فيما اذا وطئ جارية ابنه وامه وزوجته ومولاه ومعتدته عن طلاق
الثلاث او عن البائن بمال او ام ولده المعتدة عن عتاقه والمرهونة عنده في الاصح وانما
مثلت بهذه الصورة التي فيها شبهة الفعل لان ظن الحل انما يشترط لسقوط الحد بها دون
الصورة التي فيها شبهة المحل كوطء جارية ابنه وجاريته ومبيعته او ممهورته قبل التسليم
ومرهونته في رواية والمشتركة بينه وبين غيره ومعتدة الكنايات لان الحد ساقط عن الواطئ في
هذه الصور وان قال علمت انها علي حرام بقوله عند الابن اشارة الى ان السارق اذا رد
المسروق الى ابن المسروق منه يشترط في سقوط القطع كون الابن في عياله لانه لم يوجد في حقه تأويل
الملك فافترقا بقوله ولا يلزم الرد على عيالهم الى اخره اشارة الى الجواب سوال مقدر
وتقريره ان يقال الرد الى عيال المسروق منه مسقط للقطع كالرد الى المسروق منه
فوجب ان يجعل الرد الى من في عيال الاب والام والجد والجدة كالرد اليهم ولا يقطع
السارق وتقرير الجواب ان يقال انما سقط القطع بالرد الى الاب لتحقق شبهة
الملك له في مال الولد حتى كان الرد اليه كالرد الى من له حقيقة الملك بناء على شبهة
المالكية في الرد وبعلمه وهذه الشبهة ليست موجودة في حق عيالهم بل الموجود في حقهم
شبهة الرد اليهم فيكون اثباتا شبهة الشبهة والنازل عن الشبهة لا يدرأ الحد ص
كذا الورد الى مكاتبه كما لو سرق منه ورد الى المولى ش اي وكذا لا يقطع السارق
لو رد المسروق الى مكاتب المسروق منه استحسانا سواء كان في عياله ام لم يكن لانه عبد مملوك له
فكان الوصول اليه كالوصول الى يد المسروق منه من وجه فيسقط القطع دون
الضمان الا ترى انه يسقط القطع لو سرق من المكاتب ثم رده على مولاه لما ان له
في مال المكاتب تأويل الملك ولهذا لا يجوز له التزوج بجارية المكاتب فصار كالرد اليه الى المكاتب
ص كذا لو سرق من العيال ورد على من يعوله لحروف مرت وقد دلت ان العيال المودع لا
يضمن بالدفع الى من يعوله كالعكس ش اي وكذا لا يقطع السارق من العيال اذا رد المسروق
الى من يعوله لحروف مرت في هذا الباب وهي ثبوت شبهة الرد اليهم بالرد اليه كما
في العكس بل اولى اذ يده عليهم من قبل انه بهم في عياله قال في الوجيز والاشبه انه لا يقطع قياسه
لانه هو الذي يضمن ويحفظ ودلت هذه المسئلة على ان عيال الرجل اذا اودعهم
رجل شيئا لا يضمنون بالدفع الى من يعولهم قال الصدر الشهيد ولا يعرف لهذه
المسئلة رواية الا في هذا الكتاب والله اعلم ٥

ص باب استيلاء الكفار ش اعلم ان بعض مسائل
هذا الباب في ترتيب الجامع وهي مسألة الحربي مسلم وتحته عشر نسوة ونحو ذلك
نقله المصنف رحمه الله الى الباب العاشر من ابواب النكاح ص هو يقطع الملك
دون حقه وقاما بالعصمة ابتداء وعدمها عند الاحراز اذ هي بالقهر كما جرى ولا
والاوسوا كما في حق الضمن لا يلزم المدبر واخواته اذ الاستيلاء كغيره من الاسباب
يوجب ملك المحل لا المحلية ولا ما اخذ المرتد ثم لحق به ضد العكس اذ الاستيلاء فيما فيه سبب
ملك او ضمان قاصر لامتناع القهر الحسي فيهما ولا احراز ومنه فيأخذه المولى القديم ممن
اشترى منهم بمثل الثمن المثل وقيمة غيره وفاء حق الملك والملك كما في الشفعة لا يلزم مغنوم
لم يقسم حيث ياخذه مجانا اذ عارض حقه السابق حق لا ملك عكس المقسوم ولا ما لو اسلموا
حيث لا ياخذ منهم اصلا حذارا التنفير والقول للمشتري في قدر المسمى بجحد المملك
والبينة له عند ابي يوسف رحمه الله لاثبات الزيادة كما في عمه بدله وللمولى القديم
عند ما لعوه الالزام بعد بيعها على الشفعة ومن وهبه المشتري بقيمته يوم التسليم كمن وهبه
العدو لبيعها مطرا ولا يبطل الهبة للاخذ بالشرى على المذهب كما لا ينقض القسمة للاخذ مجانا
اذ حقه لم يتقرر عليه ولم يبطل بالتاخير ضد التشفيع الابدي اذ ذاك ياخذ بعد جعل الدار
مسجدا او دارا لا ياخذ بعد التدبير وممن دفع اليه بجناية العبد او عمد نفسه بقيمته دون قدر
الارش كالمهور عكس المصالح عليه عن خطاء بعينه لانه عكس العمد فانه المال لا الغير
عن معوض حلول ايد او جناية فيه لسلامة الاصل الا ان ياخذ في فق العبد
بعد دفع الفقيه فاخذ منه المولى القديم بقيمته اعمى عنده تفريعا على ان الجثة شرط
الضمان لا بدل ومنه خلاف معروف في سائرها حق الاخذ الى الولد دون الارش عكس
حق ولي الجناية وزكاة الحول لانه عكس الشفعة اعاده لا اسرا حتى عاد الحق القديم
في المرابحة بالثمن الاول والرد بالعيب والفساد والرجوع في الهبة والولد بعض
والارش لا فما خذ الام مع الولد او بعد موته حتفا او قتلا بما ياخذ على الولادة
واما بالبيعة وما خذ الولد بعد موت الام حتفا او قتلا بالقسط لا الكل عكس راي ابي يوسف
رحمه الله حيث اصل الاتباع فما يعتبر فوت اصوله كالبيع والرهن لا المقدر
باقية ببقائه كالكتابة وان العيب حدث من الاسر والاخذ صونا للعود اصلا او وصفا
لا ما حدث قبلهما لانه في ضمانه كحرف غاصب يشتري المغصوب في الرد بالحادث قبل
الغصب لا بعده راجعا بعد حدوث مانع عنده في البشري بارش العيب وفي الهبة بفضل
ما بين القيمتين لخطاء في المقوم لا التسمية ش اعلم ان استيلاء الكفار على مال المسلم
يقطع حقيقة ملكه دون حق الملك حتى لو اسلم المستولي او صار ذميا وفي يده شيء مما استولى
عليه لا يؤخذ منه لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له وان وقع في الغنيمة او في يد مسلم
فاخرجه من دار الحرب الى دار الاسلام كان للمالك القديم حق التملك اذا وجده على التفصيل

الذي يذكر

الذي يذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى وهذا لان استيلاء الكافر على مال المسلم يشبه الغصب من
وجه ويشبه تناول المباح كالصيد ونحوه من وجه لان ابتداءه يرد على المال المعصوم وتم
بعد الاحراز بدار الحرب في المال المباح فعملنا بشبه الاباحة في حق القطاع حقيقة الملك وبشبه
الغصب في اثبات حق الملك حتى كان له ان يتملكه اذا وجده وقاما باعتبار العصمة في ابتداء
الاستيلاء وبعدمها بعد الاحراز بدار الحرب وهذا لان العصمة هي القدرة الحقيقية
التي جعلها الشرع للعبد من الاختصاص والانتفاع بالمحل المعقود له ومنع غيره عنه وذلك
انما يتحقق بالقهر الحاجز عن ذلك عن يد القاهر وبعدها في ملك القاهر فنقل الا حوائز
الامام متمكن من اظهار اثر العصمة مقيدا ولهذا المعنى لا يملك المسلمون اموالهم عندنا بالاستيلاء
قبل الاحراز لان الامام متمكن من اظهار اثر العصمة بالقهر بمعونة المسلمين حسا لان الظاهر
ان الغلبة في دار الاسلام لاهل الاسلام فكان القول ببقاء العصمة معتمدا ولهذا
المعنى لا يملك المسلمون اموالهم عندنا بالاستيلاء قبل الاحراز بدار الاسلام اما بعد
الاحراز بدار الحرب فالغلبة لاهل الكفر ظاهرا فلا يكون القول ببقاء العصمة معتمدا
ولهذا لم يبق العصمة في حق تضمين المتلفات من الطرفين سواء كانت اموالا ام نفوسا مع
ان اثر العصمة في ايجاب الضمان اظهر من اثر العصمة في دفع الملك ولا يلزم على ما ذكرنا المدبر
واخواته ام الولد والمكاتب حيث لا يملكهم الكفار بالاستيلاء عليهم مع ملكنا جميع رقابهم
بالاستيلاء عليهم لان الاستيلاء وان كان سببا للملك الا انه كغيره من الاسباب انما يوجب ملك ما
هو محل للتمليك ولا يوجب محلية المستولى عليه للتمليك والمدبر والمكاتب وام الولد لا
يملكون بسائر اسباب الملك عندنا فلهذا لا يملكون بالاستيلاء بخلاف رقاب الكفار اجمع
لان الله تعالى اسقط عصمتهم على انكارهم وحدانية الله تعالى بان جعلهم عبيدا لعبيده
ولا جناية من مدبرنا واخواته ليستحقوا الجزاء فافترقا وكذا لا يلزم على ما ذكرنا ما اخذ
المرتد من الاموال ولحق به حيث لا يملكه وان احرزه بدار الحرب سواء كان المأخوذ غصبا
او كان وديعة مسلم اودعه اياها قبل الردة واذن له ان يستصحبها معه اذا غاب فارتد
ولحق بالوديعة الى دار الحرب لان وجوب رد المغصوب والوديعة حكم شرعي والمرتد
مخاطب باحكامنا ما دام في دارنا فبعد الاحراز لم يتغير ما ثبت من وجوب الرد اذ الاحراز
لا يخرجه عن كونه واجب الرد وهذا لان استيلاء الكافر على شيء فيه سبب ملك مال المسلم كما في
مسألة الوديعة او سبب ضمان كما في مسألة الغصب استيلاء قاصر لامتناع القهر الحسي
فيهما ولا احراز دون القهر الحسي واذا كان كذلك لم يتحقق الاستيلاء على المغصوب
والوديعة قهرا ليثبت الملك فيهما فبقي الامر فيهما على ما كان عليه وهذا العكس وهو
ما اذا اسلم رجل في دار الحرب واخذ شيئا من اموالهم وهاجر الى دار الاسلام حيث
يملكه لانه يتقرر ملكه باحرازه وهذا بناء على قهر الحسي اذ ليس في المأخوذ من اموالهم سبب ملك
ولا ضمان اذ ليس المهاجر مخاطبا بوجوب الرد في دار الحرب حتى حل له اتلاف نفوسهم واموالهم

لكن يأخذه منه المالك القديم في دار الاسلام بالقيمة ان شاء الا ان يكون المهاجر هو
الذي استولى عليه حال كفره واحرزه فيسلم له لان حق المالك القديم انما يثبت اذا انقطع
حق المستولي الا ترى انه لو ظهرنا عليهم سلم له ذلك فكذلك اذا اخرجه الى دار الاسلام
قوله فما اخذ المولى القديم الى آخره لما اثبت المصنف رحمه الله حكم استيلاء الكافر على مال المسلم
من حيث انه يقطع حقيقة ملك المسلم دون حقه اراد ان يذكر الفروع التي تنبني عليه اذا عرفت
هذا فنقول اذا اسر العدو عبد المسلم واحرزوه بدارهم فاخرجه مسلم الى دار الاسلام
فلا يخلو اما ان يجده المولى القديم في يد المشتري من العدو او في يد من وهبه المشتري له
او في يد من دفعه المشتري اليه بجنايته ففيه ثلاثة فصول اما الفصل الاول
فيأخذه المولى القديم من المشتري لان الشرع اثبت له حق الملك التملك لكن بمثل الثمن ان كان
مثليا كالمكيلات والموزونات او بالقيمة ان كان قيميا كالعروض واصله ما ذكرنا الحاسي رحمه الله
من حديث تميم بن طرفة الداري رضي الله عنه ان بعير الرجل استولى عليه الكفار واخذوه
وادخلوه دار الحرب فدخل مسلم دار الحرب واشتراه من الكفار واخرجه الى دار الاسلام
فوجده مالكه القديم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال خذه بالثمن ان شئت
وانما يأخذه المولى القديم بالعوض لان ملك المشتري من العدو ملك معصوم لا يجوز ابطاله
بغير عوض فكان النظر من الجانبين فيما قلنا وفاء بحق المولى القديم في التملك وبحق المشتري في
الملك المعصوم الذي لا يجوز ابطاله بغير عوض كما في الشفعة اذا اراد الشفيع اخذ
الدار بالشفعة فانه يأخذها بما قامت على المشتري من الثمن رعاية لحقيهما كذا هنا ولا
يلزم على ما ذكرنا ما اذا وجده المولى القديم مغنوما في الغنيمة قبل القسمة حيث كان له اخذه
مجانا بغير شيء لان المعارض هناك حق الغانمين لا ملكهم اذ الغنيمة لا تملك قبل القسمة فاذا تعارض
الحقان يرجح حق المولى القديم بسبقه بخلاف ما اذا وجده بعد القسمة حيث لا يكون له اخذه
الا بالقيمة لانه عارض وجوب الرد لحق المولى القديم في التملك حق الغانم في الملك الذي
لا يجوز ابطاله بغير عوض ودليله ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا وجد بعيرا له قد كان
المشركون اصابوه فقال صلى الله عليه وسلم ان اصبته قبل ان يقسم فهو لك وفي رواية فهو لك بغير
شيء وان اصبته بعدما قسم اخذته بالقيمة ان شئت ولهذا لا يلزم ايضا ما اذا اسلم الكفار بعد
احرازهم اموال المسلمين بدارهم حيث لا يكون للمولى القديم ان يأخذ منهم اصلا لما انه من المستغنى لهم اموالهم
بخلاف رقاب المسلمين فانها خلقت معصومة من الاصل والكافر باعتقاده الاباحة يدعي
المعارض فيكون ملزما للمسلم واعتقاد الكفار غير معتبرة في حق الالزام ولهذا لا يثبت
عصمة اموالهم في حق المسلمين وانما يعتقد ويثبت قوله والقول للمشتري الى آخره
اشارة الى ان المشتري والمولى القديم لو اختلفا في الثمن كان القول قول المشتري
مع يمينه لانه يجحد حق تملك المولى القديم بما ادعاه من الثمن وايهما اقام البينة على ما ادعاه
قبلت بينته وان اقاما البينة فلم يذكر محمد رحمه الله في الاصل قالوا ويجب ان يكون البينة

للمشتري

للمشتري عند ابي يوسف رحمه الله لاثباتها زيادة الثمن كما في البينة القائمة له في قيمة بدل المأسور
اذا كان من ذوات القيم واما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فالبينة للمولى القديم لانها هي الملزمة
فترجح على بينة المشتري بقوة الالزام والبينات شرعت للالزام وهذا الخلاف فرع على الخلاف
في الشفعة اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن واقاما البينة كانت بينة المشتري اولى
عند ابي يوسف رحمه الله وبينة الشفيع اولى عندهما لكونها ملزمة كما ذكرنا واما في الفصل
الثاني وهو ما اذا وجده المولى القديم في يد رجل وهبه المشتري منه فيأخذه بقيمته يوم تسليم
الواهب اليه كما يأخذه ممن وهبه العدو منه بقيمته يوم تسليم العدو اليه لتعين القيمة للاخذ
بها نظرا من الجانبين كما يأخذه ممن وقع في سهمه من الغانمين بالقيمة لما روينا من حديث ابن عباس
رضي الله عنهما لاشتراك الصور في انه ملكه بغير بدل قوله ولا ينقض الهبة للاخذ بالشرى
الى آخره اشارة الى ان المولى القديم لو قال انا انقض هبة المشتري واخذ العبد بالثمن
ليس له ذلك على المذهب كما ليس له ان ينقض القسمة لتعود الى ملك الغانمين فيأخذه مجانا
بغير شيء وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان له ذلك ليستوفي حقه على حق الموهوب له فصار
كالمشتري اذا باع الدار او وهبها كان للشفيع ان ينقض تصرفه ويأخذها بالثمن الاول
كذلك هنا وجه ظاهر المذهب ان حق المولى القديم لا يقتصر على الاخذ بالشرى حتى كان له
ان يأخذ العبد من الموهوب له فلا ضرورة الى نقض هبة المشتري بعد نفاذها بناء على صحيح
ملكه بخلاف الشفيع لان حقه يقتصر على الاخذ بالشرى فمست الضرورة الى نقض هبته
ليتوصل الى حقه في الشفعة ولان حق المولى القديم لا يبطل بتأخير طلبه فلا يتعين عرض المشتري
العبد عليه قبل الهبة فلو كان له حق النقض لتعطل على المشتري التصرف في ملكه بخلاف الشفيع
لان حقه يبطل بتأخير طلبه فيمكن عرض المشتري الدار عليه فاذا سكت بطلت شفعته
فلا يتعطل على المشتري التصرف في ملكه الا ترى ان الشفيع له اخذ الدار بالشفعة
بعد ان جعلها المشتري مسجدا لما قلنا من ان حقه مقصور على الاخذ بسبب الشرى فكان
له ان يعيد الدار الى يد المشتري بخلاف المولى القديم حيث لا يكون له ان يأخذ العبد بعد
تدبيره لان حقه غير مقصور على الاخذ بسبب الشرى من العدو فيكون متمكنا من نقض
تصرف المشتري فافترقا الا ترى ان المشتري شراء فاسدا اذا اخرجه عن ملكه لا ينقض
تصرفه مع فساد الملك فهنا اولى واما الفصل الثالث وهو ما اذا وجده
المولى القديم في يد المدفوع اليه بالجناية فيأخذه المولى القديم بقيمته دون قدر الارش
سواء كان مدفوعا بجناية العبد خطأ او بصلح عن جناية عمد جناها المشتري بنفسه كما
يأخذ العبد الممهور بالقيمة من المرأة التي تزوجها المشتري من العدو عليه وهذا
الحكم عكس حكم العبد المدفوع بصلح عن جناية خطاء جناها المشتري بنفسه حيث
كان للمولى القديم ان يأخذه من المدفوع اليه بقدر ارش الجناية دون القيمة لان الحال في هذه
الصورة عكس الحال في غيرها مما تقدم حيث كان العبد المدفوع مقابلا بالمال لكون موجب الجناية

خطأ المال فصار كأن المدفوع اليه استوفاه بما آخر بخلاف الصور المتقدمة
فان العبد فيها مقابل بغير المال وهو جناية العبد في الصورة الاولى والقصاص
الواجب على المشتري في الثانية وبضع المراة في الثالثة قوله غير في قوله غير منقوص
منصوب على انه حال مما يدفعه المولى القديم في الفداء ثمنا كان او قيمة المقدير فاخذ
المولى القديم بما يدفعه من الثمن او القيمة حال كون ذلك المدفوع غير منقوص الى آخره
وهو اشارة الى ان العبد الماسور لو اصابته آفة سماوية او جناية على بعض اطرافه
حتى انتقصت قيمته بذلك واراد المولى القديم ان ينقص من الثمن او القيمة حصة ذلك النقص
لم يكن له ذلك لان الفائت وصف وما يدفعه المولى القديم من الفداء ليس له حكم المبادلة
بل هو احسان اثبته الشرع له بطريق خاص ليرده الى اصل حقه فلا يتغير بنقصان دخل في
الوصف وقد سلم الاصل له فلا يطرح عنه بسبب فوات الوصف شيء كالعبد المبيع اذا
فاتت يده بآفة سماوية قبل القبض لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن اذا اختار اخذه
ناقصا كذلك هنا وهذا بخلاف الشفعة حيث يحط فيها عن الشفيع حصة البناء الذي
يهدم لان الثمن مقابل بالدار المبيعة حقيقة فجاز ان يسقط شيء منه عند فوات ما يقابله
وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان المولى القديم ايضا ياخذ بحصته لانه جعله بمنزلة
اخذ الشفيع بالشفعة قوله الا ان ياخذه فان في العينين الى آخره استثناء من
وجوب دفع الفداء غير منقوص بسبب فوات بعض اوصاف العبد وهو اشارة
الى ان رجلا لو فقأ عيني العبد الماسور ودفع قيمته واخذ الجثة العمياء واختار
المولى القديم ان ياخذ العبد الاعمى فانه ياخذ بقيمته اعمى ان كان الفائت منه وصفا من
اوصافه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تفريعا على قوله ان ما يدفعه الفاقئ من
القيمة بدل عن العينين ودفع الجثة العمياء الى الفاقئ شرط لتضمينه قيمة العبد
المفقوء لا بدل عن العينين والجثة جميعا حتى لو اراد المالك ان يمسك الجثة ويرجع بنقصان
العمى لم يكن له ذلك عنده واذا كان دفع الجثة العمياء شرطا لا بدلا صار كأن المالك
وهبها للفاقئ ولو كان كذلك اخذها المولى القديم بقيمة اعمى يوم اخذه الفاقئ
كذلك هنا قوله وفيه خلاف يعرف اشارة الى خلاف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
في مسالة الجثة فان عندهما دفع الجثة ليس شرطا في تضمين الفاقئ للقيمة حتى لو
اراد المالك ان يمسكها ويرجع بنقصان العمى كان له ذلك واذا دفع الجثة واخذ
القيمة كانت القيمة بدلا عن العينين والجثة عند محمد رحمه الله وهو المذكور في اكثر الكتب
عن ابي يوسف رحمه الله وفي هذا الخلاف روايات كثيرة ذكرت في التحرير فلا نطول
بذكرها واذا كانت القيمة التي ياخذها المالك من الفاقئ بدلا عن العينين والجثة عندهما
لم ياخذها المولى القديم الا بقيمة العبد صحيحا قوله سار تاخذ الا اخذ الى آخره اشارة
الى ان الماسور لو كان جارية فولدت في يد الموهوب له يسري حق المولى القديم في الاخذ

الى الولد

الى الولد ولو قطعت يدها واخذ الموهوب له ارشها لا يسري حق المولى القديم في الاخذ
اليه وهذا الحكم عكس حكم حق ولي الجناية وعكس حكم زكاة النصاب بعد تمام الحول حيث
يسري حق الولي في الجناية وحق الفقير في الزكاة الى الارش دون الولد حتى لو ولدت الجارية
او جارية التجارة بعد الحول لم يكن لولي الجناية ولا للفقير ان ياخذ الولد ولو قطعت يدها
واخذ المالك ارشها يتعلق به حق ولي الجناية وحق الفقير وهذا لان حق الاخذ للمولى يتحول الصفقة
من المشتري اليه لا اعادة لها الى قديم ملكه اذ لم يكن له فيها ملك قبل الاخذ بالشفعة اصلا
بخلاف اخذ المولى القديم لانه اعادة للماسور الى القديم ملكه لا شراء مبتداء ولهذا عاد الحق
القديم الذي كان متعلقا به قبل الاسر من جواز بيعه مرابحة بالثمن الاول وجواز رده
على بايعه بالعيب القديم او بسبب فساد العقد وجواز رجوع واهبه للمولى القديم ولو
اخذ المولى القديم العبد بهبة او بيع من المشتري من الكفار لا يعود شيء من هذه الاحكام
لانه عاد بسبب جديد واذا كان حق المولى القديم اعادة الى ملكه القديم وهو حق متاكد في الام
فيسري الى الولد لكونه جزءا منها دون الارش لكونه ليس بجزء بخلاف حق ولي الجناية والفقير
في الزكاة بعد الحول لانه انما تعلق برقبته الجاني جبرا ودفعا للضرر عنه فاذا فاتت الرقبة
او بعضها واخلف بدلا كان صالحا للجبر يسري حقهما اليه بخلاف الولد لان شرط السراية
اليه كون الحق متاكدا في الام كحق المرتهن والجناية ليست حقا متاكدا للولي في الرقبة بدليل
ان للمولى ابطاله بدفع الفداء وكذا حق الفقير للمالك ابطاله بدفع القيمة قوله فياخذ
الام مع الولد الى آخره لما بين المصنف رحمه الله ان حق المولى القديم يسري الى الولد دون
الارش شرع في التفريع عليه اذا عرفت هذا فنقول اذا ولدت الجارية الماسورة
في يد الموهوب له كان للمولى القديم ان ياخذ الام مع الولد او ياخذ الام وحدها بعد فوت
الولد بالموت حتف انفه او بالقتل بما كان ياخذ به الام قبل الولادة وهو جميع قيمتها هذا
اذا مات الولد وبقيت الام واما اذا ماتت الام وبقي الولد فياخذه بقسطه من القيمة
لا بالكل سواء ماتت الام بالموت حتف انفها ام بالقتل فهذه خمس صور اما اخذها بالقيمة
في الصور الثلاث فلان الولد كان جزءا من الام حالة الاتصال وجزء الشيء تبع له وقد صار
مستحق الاخذ بعتقها بجميع الاجزاء وانفصال الولد منها عارض كالوصف فاذا انتهى الى وقت
اخذ المولى القديم لم يستحق الماخوذ منه بمقابلته زيادة على قيمة الام واذا فات بالموت
او القتل لم يطرح بمقابلته شيء من القيمة لانه لو فات منها جزء متصل لم يطرح عنه شيء فالجزء المنفصل
اولى واما اخذ الولد بقسطه في الصورتين الاخريين دون كل القيمة فهو قول محمد رحمه الله وبه
قال ابو يوسف رحمه الله اولا واما في قوله الآخر فالحكم بالعكس فياخذه بكل القيمة لا بقسطه
فقط لان الولد جزء من الام فصار كالام فيقوم مقامها حكما كالمكاتب اذا مات عن ولد لا يسقط
شيء من بدل الكتابة بل يسعى في جميع البدل كذلك هنا وجه قول محمد رحمه الله ان الاستحقاق
رحمه الله وهو الاصح ان الولد وان كان جزءا من الام وتبعا لها الا انه انما يثبت عند فوت اصله

قال في الصحاح هذا لدراهم ... [illegible]
... اذا بانت
... [illegible]

ة هو الام لان الاصل ان الزيادة اذا حدثت من اصل جرى فيه العقد وبقي الى وقت
الاستيفاء جعل كأن العقد جرى على الاصل والتبع حتى يصير كأصل حكما والولد خلا
فى العقد بطريق الاصالة كان للولد حصة مما وجب بالعقد كما فى البيع والرهن اذا قتلت
المبيعة او ماتت وبقي الولد الى وقت الاخذ كذلك هنا لما بقي الولد للمأسورة الى وقت
الاخذ جعل كأن الاسر ورد عليهما جميعا بطريق الاصالة فكان له قسط من الفداء فما اخذه
وطريق معرفة قسطه ان يقسم قيمة الام على قيمتها يوم الهبة والتسليم وقيمة الولد يوم صيرورته
مقصودا او هو يوم يأخذ المولى القديم فما اصاب الولد فداه به وسقطت حصة الام
واعلم ان قول محمد رحمه الله لما كان هو المختار قدمه المصنف رحمه الله فى الذكر كما قدم دليله
واذا عرفت هذا فتقدير الكلام ويأخذ المولى القديم الولد بعد موت الام او قتلها
بحصة الولد دون كل قيمة الام عكس قول ابى يوسف رحمه الله اعتبارا لاصل محمد رحمه الله
فى القول بما يخص الاتباع عند موت اصولها كما فى البيع والرهن دون اعتبار اصل ابى
يوسف رحمه الله فى القول بتقدير الام باقية فيبقى الولد كما فى الكتابة قوله وان فقأ العين
حدث بعد الاسر والاخذ الى آخره اشارة الى ان العبد المأسور لو تعيب بعد الاسر والاخذ
المولى القديم من يد العدو او المشتري منهم واخذه المولى بغير علم بعيبه كان له ان يرده لانه
انما فداه ليعود اليه قديم ملكه اصلا ووصفا فمتى ظهر نقصان وصف لم يكن راضيا بالمفاداة
فكان له ان يرده ولا يرده بعيب حدث قبل الاسر والاخذ بان كان يعيب عند مولاه ولم
يعلم به حتى اسره العدو والمسألة بحالها لانه تعيب فى ضمان المولى القديم فصار كالحرف فى
الغاصب اذا اشترى المغصوب من المالك ثم وجد به عيبا من حيث انه يرده بالعيب الحادث
عند المولى قبل الغصب دون العيب الحادث بعد الغصب لكونه حدث فى ضمانه الا انه يرجع
بنقصان العيب فى صورة الهبة لانه ان تعذر الرجوع فى الصورتين بسبب العيب
لحدوثه فى ضمان المولى القديم لم يتعذر بسبب اخذه زيادة على حقه فى صورة الهبة
وهو القيمة بخلاف صورة الشرا اذ لم يأخذ زيادة على المسمى قوله راجعا بعد حدوث
مانع الى آخره اشارة الى ان المولى القديم لو لم يرده بالعيب حتى حدث عنده ما يمنع
من الرد كعيب آخر ونحوه من موانع الرد الموجبة للرجوع بالنقصان كان له ان يرجع فى
صورة الشرا من العدو بارش العيب كالمشترى اذا حدث عنده عيب واطلع على عيب قديم
كان عند البائع واما فى صورة الهبة فله ان يرجع على الموهوب له بفضل ما بين قيمته صحيحا
وقيمته معيبا لما ذكرنا ان السلامة مشروطة دلالة فاشبه المبيع اذا تعذر رده بالعيب
والفرق ان فى الموهوب ظهر الخطأ فى التقويم لانه اخذ بقيمته يوم القبض على معيب
وبظهور العيب فيه ظهر ان قيمته كانت اقل بخلاف مسألة الشرا وبظهور العيب لم يظهر
الخطأ فى التسمية فافترقا ص فلو لم يأخذه المولى القديم ولا زال ملك المشتري حتى اسره
العدو ثانيا وباعوه بعد الاحراز من آخر ثم اخرجه الينا فحق الاخذ من المشتري الثاني للمشتري الاول

190

ومنه للمولى القديم والآخر زوالا اولا وعودا كما فى رجوع الواهب الاول والثاني
لما ان غير هذا الترتيب من تكرير او تعطيل فان لم يأخذ المشتري الاول لم يأخذ المولى القديم لما مر
وان اخذ يأخذ المولى القديم بالثمنين جبرا للغرم كشفيع يأخذ من مشتر دفع ما حابى المريض ضد
ما لو زاد فى الثمن لعقد الصورة وان قضى قاض بالاخذ من المشتري الثاني بالثمن الثاني
للمولى القديم لغى لانه قول ثالث الا ان يكون يراه لانه اجتهد ليدل امامه فى الرد وبدليل
آخر فى الثمن والمجتهد يتبع الدليل لا القائل الا ترى انه لو قضى على الغائب بالنكاح بينهما بشهادة
فاسقين او رجل وامرأتين عن راي نفذ واصله الحكم بالملك للمنفذ من عدو لم يحرز بعد ش
اي ولو لم يأخذ المولى القديم العبد المأسور ولا زال ملك المشتري من العدو عنه حتى اسره
العدو مرة ثانية وباعوه من رجل بعد ان احرزوه بدارهم فاخرجه الى دار الاسلام كان
حق الاخذ من المشتري الثاني للمشتري الاول وحق الاخذ من المشتري الاول للمولى القديم
لان هذا حكم ثبت نصا على خلاف معقول المعنى وقد ورد بحق الاخذ لمن ورد الاسر والقهر
على يده فيقتصر ثبوته عليه فكان المالك الآخر فى الزوال وهو ملك المشتري الاول اولا فى وجوب
العود كما ان المالك الاول فى الزوال وهو ملك المولى القديم آخر فى وجوب العود فصار
الحال هنا كالحال فى رجوع الواهب الاول والثاني حتى لو وهب زيد عبدا من عمرو
وسلمه اليه ثم وهبه عمرو من بكر وسلمه لم يكن للواهب الاول وهو زيد حق الرجوع فيه ما لم
يرجع فيه الواهب الثاني وهو عمرو وكذلك هنا وهذا لانا لو اعتمدنا غير هذا الترتيب واثبتنا
حق الاخذ اولا للمولى القديم دون المشتري لادى اما الى تكرار احد الحقين او تعطيله وبيانه
ان المولى القديم لو اخذه فاما ان يقول بجواز اخذ المشتري الاول من المولى القديم كان للمولى
القديم ان يأخذه منه ثانيا فيؤدي الى تكرار اخذ المولى القديم من غير فائدة وان لم نقل بجواز
اخذ المشتري الاول من المولى القديم لبطلنا حق المشتري الاول فى الاخذ مع انه هو المستحق للاخذ
لورود الاسر على ملكه ويده واذا كان الترتيب المذكور هو المعتبر ولم يأخذ المشتري الاول
لم يكن للمولى القديم ان يأخذه لما مر من الاشارة الى تأخر حقه عن حق المشتري بقوله والآخر زوالا
اول عودا ثم اذا اخذ المشتري الاول فى مسألتنا كان للمولى القديم ان يأخذه بكل ما دفعه من
الثمن الاول والثمن الثاني جبرا لما غرمه فى هذا المأسور كما فى الشفيع اذا اخذ الدار من مشتر
حاباه المريض فى ثمنها ومات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة المحاباة حتى رفع المشتري
واخذ الدار بتمام قيمتها وهناك انما يأخذها الشفيع بما قام على المشتري كذلك هنا بخلاف
ما لو زاد المشتري فى الثمن حيث لا يلزم الشفيع تلك الزيادة لعقد الصورة فافترقا فان قيل
المشتري الاول دفع الثمن فى الملك الاول وقد انتقض ذلك الملك وبطل فلا يعتبر ذلك البيع
ولا ثمنه كالشفيع اذا باع المشتري ثم اشتراه يأخذه الشفيع بالثمن الثاني قلنا المشتري الاول
انما يأخذه بحق الملك الاول فانه لولا ذلك الملك لم يكن له ان يأخذه فلما اخذ بالثمن الثاني صار الملك
الملك كله فى ملك واحد فلا يجوز ان يأخذه منه ما لم يصل اليه ما غرم وهذا لان الاخذ طريق

لعله
لقطعنا

الاعادة الى قديم ملكه ولهذا لو كان عليه دين او في عنقه جناية يعود الدين والجناية اليه
كانه لم يزل عن ملكه قوله وان قضى قاض بالاخذ من المشتري الثاني بالثمن الثاني للمولى القديم
الى اخره اشارة الى ان المولى القديم لو رفع الامر الى قاض من قضاة المسلمين فقضى له بخلاف
الترتيب الذي قررناه بان قضى له بالاخذ من المشتري الثاني بالثمن الثاني كان قضاؤه لغوا
باطلا سوى قضى وهو يعلم بشرا المشتري الاول ام لم يعلم حتى لو حضر المشتري الاول استرد
القاضي العبد من المولى القديم ودفعه الى المشتري الثاني ليأخذه المشتري الاول منه ثم يأخذ
المولى القديم ~~ودفعه الى المشتري الثاني~~ من المشتري الاول وانما كان القضاء باطلا لانه
صادف محلا ليس مجتهدا فيه اذ عند الشافعي رحمه الله الاخذ بالثمن باطل وعندنا الاخذ
للمشتري الاول لورود الاسر على يده دون الثاني فكان القضاء للمولى القديم بالاخذ بالثمن
الثاني قولا ثالثا فلا ينفذ الا ان يكون قضاؤه صادرا عن راي واجتهاد منه فينفذ كما
اذا كان القاضي شافعي المذهب فقضى بالاخذ على الوجه الذي ذكرناه لانه اجتهد اي دليل امامه
في وجوب الرد بغير شي نظرا الى اصله في ان الكافر لا يملك مال المسلم بالاستيلاء عليه واحرازه
بدار الحرب واعتقد اي دليل الامام ابي حنيفة رحمه الله في وجوب الرد بالثمن فيكون الثمن
حينئذ بمنزلة جعل الابق من حيث انه يجب مع بقاء الملك رعاية لجانب الراد آخذا ودافعا
للضرر عنه قوله والمجتهد يتبع الدليل لا القايل الى اخره اشارة الى جواب سؤال مقدر
وتقريره ان يقال كيف ينفذ القضاء وهو مخالف للاجماع كما ذكرتم وتقرير الجواب
ان يقال المجتهد يتبع الدليل الشرعي لا القايل به فاذا وقع قضاؤه في فصل شاع فيه الاجتهاد
وليس مخالفا للنص والاجماع وان لم يقل به احد الا ترى ان القاضي اذا قضى عن راي
واجتهاد بشهادة الفساق على غايب او قضى بالنكاح بشهادة رجل وامراتين على غايب
فانه ينفذ قضاؤه لان كل واحد من الفصلين مجتهد فيه وان كان من يجوز القضاء على الغايب
لا يجوز شهادة الفساق ولا شهادة النساء مع الرجال في باب النكاح كذلك هنا واصل هذا
ما ذكر في الزيادات من نفوذ الحكم والقضاء بالملك في الغنيمة المستنقذة من الكفار قبل احرازهم
اياها بدار الحرب وصورته ان العدو لو غلب على غنيمة المسلمين بعد احرازهم اياها
بدار الاسلام قبل قسمتها بين الغانمين ثم ظهر عليهم قوم من المسلمين فاستنقذوا الغنيمة منهم
قبل وصولهم الى دار الحرب وحكم الامام بالملك للمستنقذين في الغنيمة نظرا الى ان استيلاء
الكفار قبل الاحراز بدار الحرب يوجب الملك لهم وقسم بينهم نفذت قسمته ولا سبيل
للمسلمين الاولين عليها لانه اخذ بقول ابي حنيفة رحمه الله في ثبوت الملك للكافر باستيلائه على
مال المسلم وبقول الشافعي رحمه الله بان الاحراز بالدار ليس بشرط في الصورة التي ثبت
فيها الملك بالاستيلاء عنده وهو استيلاء المسلم على مال الكافر حتى جوز الغنيمة قبل الاحراز
بدار الاسلام كذلك هنا القضاء صادف فصلا مجتهدا فيه فينفذ هذا كله اذا قضى
القاضي بالدفع بالثمن الثاني الى المولى القديم وكذا اذا دفعه المشتري الثاني الى المولى القديم

بغير رضا

191

بغير رضا القاضي بالثمن الذي اشتراه به من العدو لانه بمنزلة البيع لما فيه من التمليك والتملك
بالتراضي وكذا لو باعه منه باقل او اكثر او وهبه منه صح ويأخذه المشتري الاول منه بالثمن في
فصل الشرا وبالقيمة في فصل الهبة كما لو وقع هذا التصرف مع اجنبي اخر ويأخذه المولى القديم
من المشتري الاول بالثمن في صورة الشرا لانه قام عليه بذلك وبالثمن والقيمة في صورة الهبة
ص وان كان المأسور رهنا بعدله الدين فالاخذ للمرتهن الحاقا للعايد بالقايم ضد المستاجر في
راي اذ حقه عكس المرتهن في النفع لا العين حتى يخالفها في البدل غير راجع على الراهن اذ
احيى دينه واليد قصدا كما في الجناية والدوا قصد البايع اذ حبسه ضد المرتهن غير
مقصود حتى يجا لفا يتا بعد الاعارة والايداع من المالك سقط دينه ان ابى للرضا
بالتوى ضد ما لو كان غايبا حيث يحمل برد الغرم للمعدم وان عدل الدين بصفة اخذا
جميعا توزيعا على المضمون وغيره كما في الغصب والوديعة وعامد رهنا لما مر فان ابى
المرتهن فداه الراهن راجعا عليه بالنصف فما ضيا للاضطرار وبلا عكس للعدم اذ تجبير
الحاكم ضد المرتهن الراضي بتوى دينه وان غاب الراهن فدى المرتهن راجعا عنده طالبا
لهما تعويضا على شريك الشرا بغيبة قبل النقد وفدا الجناية تحدوه اباه وغيبته والله اعلم
ش اي ولو كان العبد المأسور رهنا عند رجل بدين له على مالكه والدين مثل قيمته
والمسألة بحالها فحق الاخذ من مشتريه للمرتهن لا للراهن لان الاسر ورد على يد المرتهن وله
فيه حق معتبر يتقدم به على المالك قبل الاسر فلذا بعده الحاقا للحق العايد بعد الاسر
بالحق القايم قبله بخلاف ما لو كان العبد المرهون مستاجرا حيث لا يكون حق الاخذ له
وان ورد الاسر على يده وله فيه حق معتبر بل يكون حق الاخذ فيه للمالك في رواية
المبسوط واحدى روايتي السير الكبير وهو المشار اليه بقول المصنف رحمه الله في
راي وفي الرواية الاخرى للمستاجر حق الاخذ لانه لا يتوصل الى حقه في المنفعة الا
بالرقبة ووجه الرواية الاخرى ما اشار اليه المصنف رحمه الله من ان حق المستاجر في
النفع لا في العين عكس حق المرتهن فانه في العين دون المنفعة ولهذا يخالفها في الجهة
في البدل حتى لو بيع الرهن باذن المرتهن يتعلق حقه ببدله وكان رهنا عنده ولو بيع
المأجور باذن المستاجر لم يتعلق حقه ببدله والفدا انما يجري في العين دون المنفعة فافترقا
واذا لم يثبت للمستاجر حق الفدا فكذا المستعير والمودع بطريق الاولى قوله غير وقوله
غير راجع منصوب على انه حال من المرتهن التقدير والاخذ للمرتهن حال كونه غير راجع
على الراهن بما دفعه من الفدا لان المرتهن عامل لنفسه من حيث احيى بالفدا دينه بعد
ما توى باسر المرهون واحيى يده قصدا بعد زوالها عنه ومن احيى حق نفسه لا يرجع
بسببه على غيره كما لو جنى المرهون في يد المرتهن وفداه او مرض فداواه الا ترى انه
لو تعيب في يده سقط بقدر العيب من الدين وهذا بخلاف البايع اذا اسر المبيع

من بدع قبل القبض وفداه حيث كان له ان يرجع على المشتري بالفدا ايضا مع الثمن اذا
اختار المشتري ايضا البيع مع ما لزمه من الزيادة على الثمن المسمى لان حبس البائع المبيع
ليس بحق مقصود بالعقد حتى يكون سببها بالملك فيكون في الفدا احيا حقه لانه متمكن ليد
والحبس لا يتصل بعقد البيع بل المقصود من حبسه وصوله الى ثمنه بخلاف
المرتهن لان ملك اليد والحبس بالدين مقصود بعقد الرهن فافترقا ولهذا يخالف
العقدان في حق الحبس بعد الاعارة والايداع من المالك حتى ان البائع لو اعار
المبيع من المشتري او اودعه اياه لم يبق له حق الاسترداد ومثله لو اعار المرتهن
المرهون من المالك او اودعه اياه لم يبطل حقه في الحبس حتى كان له ان يسترده
من الراهن متى شاء لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال حتى لو هلك
في يد المرتهن لا بضمانه المرتهن وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يلزم المشتري
غير الثمن الاول لان البائع مضطر لاحياء حقه في الحبس لا يستفاد الثمن والفدا
ليس متعلقا برقبة العبد بخلاف الجناية فانها تعلقت برقبته وهي عيب فاذا فداه
البائع فقد طهره عن العيب فافترقا وجوابه ما قلنا من ان حق البائع في الحبس ليس
بمقصود بالعقد وحق المرتهن مقصود ثم ان ابا البائع ان ياخذه عرض على المشتري
فان ابا سقط الثمن وان اخذه لزمه الثمن وهذا لانه ثبت حق الاخذ لكل واحد منهما
اذ هو في ضمان البائع وفي ملك المشتري الا ان حق البائع مقدم بخلاف الماسور
ثانيا اذا ابى المشتري الاول اخذه حيث لا يعرض على المولى القديم اذ ليس للمولى
القديم ان ياخذه من المشتري الثاني قبل اخذ المشتري الاول ليكون الاسر انما
ورد على يد المشتري الاول وملكه فكان حق المولى القديم مرتبا على اخذه فان
قيل قد زال ملك المشتري بالاسر قبل القبض فوجب ان ينفسخ البيع قلنا
ملكه وان زال لكن بعرضية العود فلا ينتقض كالشاة اذا ماتت في يد البائع
ودبغ جلدها والعصير اذا تخمر ثم صار خلا قوله مسقطا مضمون على انه
حال ايضا من المرتهن وهو اشارة الى ان المرتهن اذا ابى ان ياخذ الماسور كان
مسقطا الدين بنفسه لرضاه بتوى الرهن في ضمانه سوا اخذه الراهن بالفدا ام لم ياخذه
الا يرى ان الراهن لو لم ياخذه اصلا يسقط الدين فكذا اذا اخذه بالفدا وهذا
بخلاف ما لو كان المرتهن غايبا وثبت حق الاخذ للراهن لورود الاسر على ملكه
واخذه بالثمن حيث كان للمرتهن اذا حضر ان يعيد المرهون الى يده لعدم رضاه باخذ
الراهن حال غيبته اذ حقه مقدم عليه كما ذكرنا قبل هذا لكن انما ياخذه بشرط ان يرد
على الراهن ما ادى من الفدا هذا كله اذا كان الدين مثل قيمة المرهون واما
اذا كان مثل نصف القيمة فيكون حق الاخذ للمرتهن والراهن جميعا فيؤدي كل واحد منهما
نصف

نصف الفدا توزيعا لحق الاخذ على نصفه المضمون على المرتهن بدينه اذ فداه عليه دون
نصفه الفارغ عن الدين كما لو غصب من رجل عبدا واستودع منه عبدا آخر فاسرهما
العدو واحرزهما بدار الحرب ثم اشتراهما رجل واخرجهما كان فدا المغصوب على الغاصب
وفدا الوديعة على المالك كذلك ها هنا قوله وعاد رهنا الماسور اشارة الى ان الراهن والمرتهن
اذا فديا العبد يعود رهنا كما كان لما مر من ان الاسر ورد على يد المرتهن فله فيه حق معتبر
يتقدم به على الراهن قبل الاسر فكذا بعده الحاقا للحق العام بعد الاسر بالحق العام قبله كما قررناه
هذا كله اذا اتفق الراهن والمرتهن وفديا العبد الماسور واما اذا ابى المرتهن ان يفديه
فيفديه الراهن من ماله ثم يرجع على المرتهن بنصف الفدا فيتقاصان بحسب منها نصف
الفدا ويطرح من الدين انما يرجع الراهن بنصف الفدا لكونه مضطرا فيه احياء لملكه ولانه لزمه
بسبب حصل في ضمان المرتهن فكان كالهلاك في يده بخلاف فدا المشتري العبد الماسور قبل
القبض لانه اعادة الى قديم ملكه وفدا استفاده من البائع بثمن فلا بد من قضائه اما الراهن
فلم يستفد المرهون من المرتهن ليلزمه بالاعادة الى قديم ملكه حتى قال ابو سهل رحمه الله
وفي بعض الروايات لا يلزمه الثمن وهذا خلاف العكس وهو ما اذا ابى الراهن ان يفديه
وقد فداه المرتهن حيث لا يكون له ان يرجع على الراهن بنصف الفدا لانه متبرع لانه اذا
كان الراهن حاضرا يتمكن المرتهن من رفع الامر الى القاضي فيجبر الراهن على الفدا كيلا يبطل
حق المرتهن في الرهن لان حقه في حبس النصفين معا فاذا لم يرفعه الى القاضي كان قاضيا
دين غيره بغير امره من غير اضطرار فكان متبرعا بخلاف الراهن اذا فداه عند اباء المرتهن
اذ لو رفع الراهن الامر الى القاضي لا يجبر المرتهن لان بالاسر هلك الرهن وسقط الدين
وانما يحيى بالفدا فاذا ابى المرتهن ان يفديه كان راضيا بتوى دينه فيترك وذاك قوله
وان غاب الراهن فدى المرتهن الى اخره اشارة الى ان الراهن لو غاب وفداه المرتهن كان له
ان يرجع على الراهن اذا حضر بنصف الفدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله واما عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله فلا يرجع لان النصف غير مضمون على المرتهن فلم يكن بالفدا محييا حق
نفسه حتى يجعل مضطرا فيه وابو حنيفة رحمه الله يقول للمرتهن حق الحبس في النصف الآخر
وان لم يكن مضمونا ضرورة حق الحبس في المضمون فصار مضطرا في ذلك ضرورة احياء حق نفسه
وهذا الخلاف بتفريع على الخلاف فيما اذا اشترى رجلان عبدا صفقة واحدة بالف حالة ثم
غاب احدهما قبل نقد الثمن فنقد الحاضر جميع الثمن واخذ العبد ثم حضر الغايب فانه
يرجع عليه الحاضر بنصف الثمن الذي نقده عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
رحمه الله فان قيل هذا التفريع مشكل لان محمدا رحمه الله مع ابي يوسف هنا ومع ابي حنيفة
رحمه الله هناك قلنا يجوز ان يكون لمحمد رحمه الله قولان والمذكور هنا قوله الآخر قوله
وفدا الجناية بحدوده اباء وغيبة اشارة الى تنظير مسألة فدا الاسير بمسألة فدا الجاني فان العبد

المرهون اذا جنى وقيمته اكثر من الدين كان الفدا فى قدر المضمون على المرتهن وفى قدر
الزيادة على الراهن فلو فداه الراهن عند اباء المرتهن وعند غيبته لم يكن متبرعا
ثم يرجع بحصة المرتهن من فدا الجناية كما يرجع فى فدا الاسير وان فداه المرتهن عند
اباء الراهن يكون متبرعا بالاجماع فلا يرجع عليه بشى وان فداه حال غيبته فهو على الخلاف
الذى ذكرناه وهو انه متبرع عندهما فلا يرجع وعند ابى حنيفة رحمه الله مضطر فيرجع
بنصف الفدا والله اعلم واعلم انه يتلو هذا الباب فى ترتيب الجامع عشرة ابواب
نقل المصنف رحمه الله مسايلها الى الابواب المتقدمة من كتابه فضم مسايل الباب
الاول منها الى باب التنازع فى الوكيل وهو اخر ابواب الوكالة ومسايل الباب
الثانى والثالث الى باب تحصيل الوديعة ومسايل الباب الرابع الى الباب الرابع عشر
من ابواب الوصايا والباب الخامس ذكر فى كتاب الشهادات من تصنيفه خلا بعض
مسايله فانه ذكره فى اول الوصايا وذكر معظم مسايل الباب السادس فى باب ما
يكون اجازة فى البيع من ابواب البيوع ومسايل السابع فى الباب الثانى عشر
من ابواب الوصايا وذكر مسايل الثامن فى الباب الرابع من الجنايات فى ضمن المسايل
المنقولة اليه فيما اذا كان القطع ثابتا بالبينة والوضع فى الباب الثامن فيما اذا
ثبت بالاقرار ولا فرق الا فى تحمل العاقلة موجب الجناية وذكر مسايل التاسع فى
باب شرى الظرف بما فيه والطعام والغنم من ابواب البيوع وذكر مسايل العاشر
فى باب الحنث فى التقاضى من ابواب الايمان وقد نبهنا على ذلك فى تلك الابواب
ص وعند انتها المحقق الى اخر الباب تم الكتاب وافيا بالشرط المخترع فى
جميع المفترق الى الانظار والاضراب وضم الشاذ والشارد الى اجناسه
مبوبة فى الابواب واستيسر الينا فى حذف ما فيه الاطناب والاسهاب والمنة
لواهب المنة فى وضوع اشكاله العجاب والخوض فى حل اشكاله بالغا كنه
الحق والصواب انه كريم جواد عزيز وهاب ش لما انهى المصنف رحمه الله الى
اخر ما قصده من هذا التاليف واعتمد فيه من حسن الترصيف والتصنيف
اتى بهذه الجملة كالخاتمة له منبها على ما وفقه الله تعالى اليه فى هذا الكتاب
من الوفا بالشرط الذى اخترعه فى تاليفه من الامور التى ذكرها مثنيا على الله
عز وجل ببعض صفاته الكريمة اذ وفقه بلطفه وانعامه الى تحقيق هذا المختصر
واتمامه شكر الله مسعاه وجعل فى اعلى الفردوس متقلبه ومثواه انه على
كل شى قدير وبالاجابة جدير ثم انا نشرع فى تفسير ما تضمنته هذه الخاتمة
من الغريب فقوله المحقق قد مر الكلام عليه فى خطبة الكتاب والمخترع هنا
المنشا قال الجوهرى اخترع كذا اى اشتقه ويقال انشاه وابتدعه والانظار

جمع نظير وهو المثل والاضراب جمع ضرب وهو الصيغة والصنف من الاشيا
والشاذ المنفرد يقال شذ عنه يشذ ويشذ شذوذا اى انفرد عن الجمهور وندر
فهو شاذ والشارد النافر يقال شرد البعير شرودا اى نفر فهو شارد والاطناب
المبالغة فى الكلام يقال اطنب فلان فى الكلام بالغ فيه والاسهاب الاكثار فى الكلام
يقال اسهب الرجل اذا اكثر فى الكلام فهو مسهب بفتح الها ولا يقال بكسرها وهو
نادر والمنة بكسر الميم مصدر من عليه منة اذا امتن ويقال المنة تهدم الصنيعة
والمنة بضم الميم القوة والاشكال بفتح الهمزة جمع شكل بفتح الشين
المعجمة والكاف الساكنة المثل والعجاب بضم العين المهملة الامر يتعجب منه والعجاب
بالتشديد اكثر منه والاشكال بكسر الهمزة مصدر اشكل الامر اشكالا فهو مشكل وكنه الشي
بضم الاول وسكون الثانى نهايته يقال اعرفه كنه المعرفة والله اعلم بالصواب
قال العبد الضعيف جامع شمل هذا التاليف هذا اخر ما رتبه
الخاطر واملاه وهذبه الناظر واصطفاه من شرح الفاظ هذا الوجيز
الكافل بغاية التعجيب والتحبير الكامل عن التحرير والتمييز نفع الله به
الاسلام والمسلمين وجعله لسان صدق فى الاخرين وعلما يهتدى به الى
يوم الدين انه على كل شى قدير وبالاجابة جدير والحمد لله رب العالمين وصلى الله على
سيدنا محمد واله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير
تم الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم

يعنى النعم ... المنة والنعمة والامتنان

